
Datum: 12.12.2022
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 U 53/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2022:1212.3U53.22.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 014 O 617/20

Tenor:

Der Antrag des Klägers, das Verfahren auszusetzen oder das Ruhen des Verfahrens anzuordnen, wird zurückgewiesen.

Der Senat weist darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung des Klägers gegen das am 05.05.2022 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Münster gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit, innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Hinweisbeschlusses Stellung zu nehmen.

Gründe:

I.

Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 18.03.2015 das von der Beklagten hergestellte Fahrzeug, Mercedes-Benz, Typ GLK 200 CDI, FIN ####, Erstzulassung 02.02.2015 als Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 1.840 km zum Preis von 35.400,00 €. Zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht betrug die Laufleistung 83.740 km. Das Fahrzeug ist mit einem ebenfalls von der Beklagten hergestellten Dieselmotor der Baureihe OM 651 ausgestattet, für den Fahrzeugtyp wurde eine Typgenehmigung mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Das Fahrzeug verfügt über ein Abgasrückführungssystem (AGR-System), bei dem die Abgasrückführung in Abhängigkeit zur Lufttemperatur stattfindet (s.g. Thermofenster), wobei die Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind. Außerdem ist das Fahrzeug mit einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) sowie einem On-Board-Diagnosesystem (OBD-System) ausgestattet, wobei die Parteien auch über die genaue

1

2

3

Arbeitsweise und Zulässigkeit dieser Funktionen streiten.

Für das Fahrzeug besteht ein nicht bestandskräftiger Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) aus Februar 2020, in dem nachträgliche Nebenbestimmungen angeordnet wurden. Die Beklagte entwickelte daraufhin ein Software-Update zur Erfüllung der Nebenbestimmungen, das vom KBA freigegeben wurde. 4

Hinsichtlich der Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz sowie der dort gestellten Anträge wird gemäß § 522 Abs. 2 S. 4 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 5

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. 6

Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises analog §§ 826, 31 BGB bestehe nicht. Insbesondere genüge der nicht bestandskräftige Rückruf des KBA nicht für die Feststellung einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung. Zwar könne dieser eine unzulässige Abschaltseinrichtung indizieren. Damit diese eine Haftung der Beklagten wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB auslösen könne, müssten jedoch weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Eine Prüfstandsbezogenheit in Form einer Umschaltlogik werde vom Kläger lediglich pauschal behauptet. Aus den in Parallelverfahren eingeholten Auskünften des KBA ergebe sich jedoch nicht, dass das geregelte Kühlmittelthermostat den effektiveren Modus ausschließlich auf dem Prüfstand verwende. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Verwendung der Funktion von Seiten der Beklagten in dem Bewusstsein geschehen sei, möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen, und dass dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen worden sei, habe der Kläger nicht dargelegt. Insbesondere habe die Beklagte bezüglich der KSR vorgetragen, gegenüber dem KBA sämtliche erwarteten und nach den Formularen notwendigen Angaben gemacht zu haben. 7

Der Kläger habe gegen die Beklagte auch keine Ansprüche aufgrund des s.g. Thermofensters. Ob es sich hierbei um eine unzulässige Abschaltseinrichtung handle, könne dahinstehen, da der Kläger auch diesbezüglich keine vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung dargelegt habe. Die Gesetzeslage sei seinerzeit an dieser Stelle nicht eindeutig gewesen. Darüber hinaus fehle es auch an einer Täuschung der Genehmigungsbehörde im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens. Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, habe der Kläger nicht dargelegt. Ferner fehle es am Schädigungsvorsatz der Beklagten. 8

Andere Anspruchsgrundlagen kämen nicht in Betracht. Insbesondere bestehe auch kein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB, weil die maßgeblichen §§ 6 Abs. 1, 27 EG-FGV, Art. 5 VO 715/2007/EG nicht dem Schutz des Interesses dienen, zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden. 9

Hiergegen wendet sich die Berufung des Klägers, mit der er seine erstinstanzlich gestellten Anträge vollumfänglich weiter verfolgt. 10

Er rügt unter Vertiefung und Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrages, dass das Landgericht die Substantiierungsanforderungen an seinen Vortrag überspannt habe. Die vom BGH aufgestellten strengen Voraussetzungen für eine Behauptung ins Blaue hinein hätten 11

nicht vorgelegen. Er müsse keinen schriftsätzlichen Vollbeweis i.S.v. § 286 ZPO erbringen. Ausreichend sei vielmehr, dass er die Möglichkeit aufzeige, dass die von ihm vorgetragenen Tatsachen zuträfen.

Schon der Pflichtrückruf des KBA betreffend das streitgegenständliche Fahrzeug stelle einen Beleg dafür dar, dass in dem Fahrzeug eine unzulässige Abschaltseinrichtung zum Einsatz komme. Das KBA ordne Abschaltseinrichtungen nur dann als unzulässig ein, wenn sie grenzwertkausal seien, also dafür verantwortlich, dass im NEFZ-Kaltzyklus die Grenzwerte eingehalten würden. Es widerspreche zudem der VO 715/2007/EG, die Einhaltung der Grenzwerte ausschließlich auf dem Prüfstand und nicht auch im realen Fahrbetrieb zu verlangen. 12

Soweit das Landgericht darauf abgestellt habe, dass die KSR auf der Straße und auf dem Prüfstand in gleicher Weise aktiv sei, habe die Beklagte bereits unsubstantiiert vorgetragen. Sie habe lediglich behauptet, dass die Abgasreinigungsstrategie auf dem Prüfstand und im realen Straßenbetrieb unter gleichen Betriebsbedingungen gleich funktioniere. Der Satz „gleiche Funktion unter gleichen Bedingungen“ sei jedoch kein Ausschlussgrund für eine sittenwidrige Abschaltseinrichtung. Allein die theoretische Möglichkeit, dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung auch im normalen Straßenverkehr funktioniere, reiche nicht. Die Beklagte habe keine Fahrsituation aufgezeigt, in der die KSR auch im normalen Fahrbetrieb aktiv sei. Das Landgericht habe sich fehlerhaft nicht mit den Parametern auseinandergesetzt, unter denen die KSR funktioniere. Er habe – so der Kläger – vorgetragen, dass die KSR immer außerhalb der Prüfbedingungen ausgeschaltet werde. Hierüber hätte Beweis erhoben werden müssen. Ein Vortrag ins Blaue hinein liege nicht vor. Er habe diverse Anhaltspunkte für die Richtigkeit seiner Behauptung, dass die KSR eine prüfstandsbezogene Abschaltseinrichtung darstelle, vorgetragen und insoweit amtliche Auskünfte und eigenen Vortrag der Beklagten aus Parallelverfahren zitiert. Angesichts seiner Ausführungen wäre es an der Beklagten gewesen, im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast näher zu den Aktivierungsparametern der KSR vorzutragen. 13

Die Verwendung eines Thermofensters habe die Beklagte selbst vorgetragen. Nicht vorgetragen habe sie, warum sie den Einsatz für vertretbar gehalten habe oder halten konnte. Bereits die Kenntnis des Einsatzes einer unzulässigen Abschaltseinrichtung und das Inkaufnehmen des darin liegenden Gesetzesverstößes seien ausreichend, um das Verhalten des Fahrzeugherstellers als sittenwidrig erscheinen zu lassen. Die Ausführungen des angefochtenen Urteils zur vermeintlich unklaren Rechtslage überzeugten nicht. 14

Soweit das Landgericht bezüglich der Angaben im Typgenehmigungsverfahren darauf abgestellt habe, dass das KBA im Rahmen der Amtsermittlung ggf. nähere Informationen hätte einholen müssen, hält der Kläger dies für unzutreffend. Dies setzte voraus, dass das KBA überhaupt Ansatzpunkte für eine Amtsermittlung gehabt habe. Die Beklagte habe allerdings nicht mitgeteilt, was sie konkret in dem Typgenehmigungsbogen angegeben habe. Das für § 826 BGB erforderliche Bewusstsein der Beklagten hält der Kläger für gegeben. Die beanstandeten Funktionen seien nicht aus Versehen zum Einsatz gelangt, sondern planmäßig verbaut worden. 15

Das Landgericht sei schließlich fehlerhaft nicht auf das von ihm ebenfalls beanstandete Onboard-Diagnose-System (OBD) eingegangen. Die Beklagte hätte das OBD umfassend manipulieren müssen, da ansonsten die Abschaltseinrichtungen zu dauerhaften Fehlermeldungen geführt hätten. 16

Die europarechtlichen Normen der EG-FGV und VO 715/2007/EG seien – so der Kläger – entgegen der Auffassung des Landgerichts drittschützend. Insoweit regt der Kläger aufgrund der Schlussanträge des Generalanwalts am europäischen Gerichtshof C vom 02.06.2022 in der Rechtssache C-100/21 an, das vorliegende Verfahren wegen Vorgeflichkeit gemäß § 148 ZPO auszusetzen, hilfsweise beantragt er das Ruhen des Verfahrens nach § 251 ZPO anzuordnen.	
Schließlich beanstandet der Kläger, dass das Landgericht einen Anspruch gemäß § 831 BGB nicht geprüft habe.	18
Er trägt zudem zur Grenzwertkausalität und zur Tatbestandswirkung der Typgenehmigung vor.	19
Der Kläger beantragt,	20
unter Abänderung des am 05.05.2022 verkündeten Urteils des Landgerichts Münster, Az: 014 O 617/20,	21
1.	22
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 25.676,16 € (Kaufpreis abzüglich der Nutzungsentschädigung mit Kilometerstand zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung 1. Instanz) abzüglich einer weiter zu berechnenden, vom Gericht auf Basis einer Gesamtaufleistung von zumindest 300.000 km zu schätzenden Nutzungsentschädigung für die Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs unter Zugrundelegung des Kilometerstandes zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung 2. Instanz zu zahlen, nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Mercedes-Benz GLK 200 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ###,	23
2.	24
festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme des im Klageantrag zu 1) genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet,	25
3.	26
die Beklagte zu verurteilen, ihn von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.525,90 € freizustellen,	27
Die Beklagte beantragt,	28
die Berufung zurückzuweisen.	29
II.	30
Die zulässige Berufung hat nach einstimmiger Überzeugung des Senates offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).	31
Das Urteil des Landgerichts beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die gemäß §§ 529, 531 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere, für den Kläger günstigere Entscheidung (§ 513 ZPO).	32
1.	33

Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte gemäß § 826 BGB verneint. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Klägers durch die Beklagte im Sinne dieser Vorschrift ist nicht feststellbar.	34
a)	35
Insbesondere liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nicht darin, dass die Beklagte den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems, einem s.g. Thermofenster, ausgestattet und in den Verkehr gebracht hat.	36
Zugunsten des Klägers kann dabei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass das Thermofenster als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007/EG zu qualifizieren ist (vgl. dazu EuGH, NJW 2022, 2605; zugunsten des dortigen Klägers ebenfalls unterstellt BGH, Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 190/20; BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19). Ebenso kann zu seinen Gunsten unterstellt werden, dass kein Ausnahmetatbestand gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 715/2007/EG vorliegt (vgl. dazu EuGH, NJW 2022, 2605; zugunsten des dortigen Klägers ebenfalls unterstellt BGH, Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 190/20; BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19).	37
Dass die Beklagte das Thermofenster in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut hat, reicht für sich genommen jedoch nicht aus, um ein objektiv sittenwidriges Gepräge des Verhaltens der für sie handelnden Personen festzustellen (vgl. insoweit auch BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 126/21). Der darin liegende Gesetzesverstoß ist selbst dann nicht als sittenwidrig zu qualifizieren, wenn die Beklagte mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Funktionen eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinnen sowie einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz erstrebt hat (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 24.03.2022, Az.: III ZR 270/20; BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19).	38
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. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Dabei kommt es insbesondere bei mittelbaren Schädigungen darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 190/20; BGH, Beschluss vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20; BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19; BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19). Ohne weiteres hat der BGH in Anwendung dieser Grundsätze eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Herstellers bejaht, wenn dieser aufgrund einer grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorentwicklung im eigenen Kosten- und Gewinnerzielungsinteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes systematisch in großer Stückzahl Fahrzeuge in den Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgaswerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (s.g. Prüfstandsbezogenheit – vgl. BGH, Beschluss vom 21.09.2022, Az.: VII ZR 767/32; BGH, Beschluss vom 04.05.2022, Az.: VII ZR 733/21; BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 126/21; BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19). Arbeitet die Abschaltvorrichtung im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise wie im realen Fahrbetrieb kann nach	39

höchststrichterlicher Rechtsprechung hingegen nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die auf Herstellerseite tätigen Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 126/21; BGH, Urteil vom 19.09.2021, Az.: VII ZR 190/20; BGH, Beschluss vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20; BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19). Dafür bedarf es vielmehr besonderer Anhaltspunkte (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19).

Eine Prüfstandsbezogenheit in diesem Sinne hat der Kläger bezüglich des Thermofensters nicht dargelegt. Auch nach seinem Vortrag differenziert die temperaturabhängige 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 Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und hierdurch den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern sie arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz gleich. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit ist bei dieser Sachlage nur gerechtfertigt, wenn zu dem unterstellten Verstoß gegen die VO Nr. 715/2007/EG weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Dies setzt jedenfalls voraus, dass die Personen bei der Entwicklung und / oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, wofür nach den allgemeinen Grundsätzen der Kläger die Darlegungs- und Beweislast trägt (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20; BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19).

Umstände, die auf ein solches Bewusstsein der auf Seiten der Beklagten tätigen Personen schließen lassen, werden vom Kläger jedoch weder vorgetragen, noch sind sie sonst ersichtlich.

Es bestehen insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass das in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verwendete Thermofenster zwar grundsätzlich auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb gleichermaßen arbeitet, tatsächlich aber so auf die im Prüfstand herrschenden Temperaturen zugeschnitten ist, dass die Abgasrückführung faktisch nur dort in vollem Umfang zur Anwendung gelangt. Selbst unter Zugrundelegung des klägerischen Sachvortrags, dass die Abgasreinigung durch das Thermofenster bei unterhalb von 17 Grad Celsius liegenden Außentemperaturen geringer ausfalle und dass die Abgasrückführung bei einer Lufttemperatur von 7 Grad Celsius und weniger um bis zu 45 % reduziert und unter -30 Grad Celsius ganz abgeschaltet werde, arbeitet diese Funktion nicht nur auf dem Prüfstand, sondern auch in weiten Bereichen des normalen Fahrbetriebs ohne Einschränkung. Diese Temperaturen sind auch im normalen Fahrbetrieb nicht ungewöhnlich, so dass das Emissionskontrollsystem auch dort zur Anwendung gelangt (vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 2/21; BGH, Beschluss vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20; OLG Celle, Urteil vom 14.04.2021, Az.: 7 U 1955/19).

Schlussfolgerungen bezüglich des Thermofensters lässt auch der für das streitgegenständliche Fahrzeug ausgesprochene Rückruf nicht zu. Hierbei hat das KBA nicht das Thermofenster, sondern die KSR beanstandet (siehe dazu unten).

Soweit der Kläger zur Begründung der Sittenwidrigkeit i.S.v. § 826 BGB außerdem unzutreffende und unzureichende Angaben der Beklagten bezüglich des Thermofensters gegenüber dem KBA im Typgenehmigungsverfahren anführt, kann auch dies der Klage nicht zum Erfolg verhelfen.

45
Zwar können unzutreffende oder unvollständige Angaben der Beklagten gegenüber dem KBA im Typgenehmigungsverfahren, durch die verschleiert wird, dass die Abgasrückführungsrate in dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp durch die Außentemperatur mitbestimmt wird, auf das Bewusstsein der handelnden Personen schließen lassen, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19). Hierfür bestehen jedoch weder nach dem klägerischen Vortrag noch sonst hinreichende Anhaltspunkte. Dabei verkennt der Senat nicht, dass ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs bereits dann schlüssig und erheblich ist, 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. 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 Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. 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. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (ständige Rechtsprechung; BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, Rn. 7, 8 f. m.w.N.).

46
Letzteres ist vorliegend jedoch der Fall. Der Vortrag des Klägers ist ersichtlich darauf gerichtet, auf Grundlage der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ein sittenwidriges Handeln der Beklagten zu behaupten, wobei es indes an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen des behaupteten Sachverhalts fehlt. Der Kläger hat lediglich pauschal behauptet, dass die Beklagte nicht alle erforderlichen Informationen wahrheitsgemäß und vollständig gegenüber dem KBA mitgeteilt habe. In diesem Zusammenhang zitiert er verschiedene Vorschriften, insbesondere Art. 3 Abs. 9 VO 692/2008/EG, aus denen er eine entsprechende Verpflichtung ableitet. Welche Angaben die Beklagte konkret gemacht hat und welche darüber hinaus erforderlich gewesen wären, wird vom Kläger allerdings nicht näher dargelegt. Der Kläger hat offensichtlich keine Kenntnis davon, welche Angaben die Beklagte im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens gegenüber dem KBA hinsichtlich der Abgasrückführung gemacht hat.

47
Soweit der Kläger die Auffassung vertritt, der Beklagten obliege bezüglich ihrer Angaben im Typgenehmigungsverfahren sowie auch der Entscheidung des KBA eine sekundäre Darlegungslast, geht dies fehl. Der Kläger ist nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen einer sittenwidrigen Schädigung seitens der Beklagten (vergleiche BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921). Erleichterungen durch die sekundäre Darlegungslast des Gegners kommen nur dann in Betracht, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis von den maßgeblichen Umständen und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. In diesem Fall trifft den Prozessgegner die Obliegenheit, im Rahmen derer es ihm auch obliegt, zumutbare Nachforschungen zu unternehmen. Genügt er seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BGH, Urteil vom 26.01.2021, Az.: VI ZR 405/19; BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 367/19). Diese Erleichterung setzen jedoch voraus, dass sich aus dem Vortrag des Anspruchstellers zumindest konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ergeben (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 26.01.2021, Az.: VI ZR 405/19; BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 367/19). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Es bestehen nach

dem Vortrag des Klägers keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren unzutreffende oder unvollständige Angaben gemacht und damit die Funktionsweise des Abgasrückführungssystems verschleiert hat. Dem Vortrag der Beklagten, sie habe dem KBA regelmäßig angezeigt, dass die Abgasrückführung von der Lufttemperatur abhängig gesteuert werde, und der Vorlage von zwei Beispielen betreffend die Motoren OM 642 und OM 651 ist der Kläger nicht entgegengetreten. Daher oblag es der Beklagten im Rahmen der sekundären Darlegungslast nicht, weiter zu ihren Angaben gegenüber dem KBA im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens vorzutragen (vgl. insoweit auch OLG München, Beschlüsse vom 08.04.2021 und vom 01.03.2021, Az.: 8 U 4122/20).

Darüber hinaus ist bereits fraglich, ob eine Verpflichtung der Beklagten zu weiteren Angaben bzgl. der Emissionskontrollsysteme im Typgenehmigungsverfahren überhaupt bestand. Jedenfalls folgt sie nicht aus der durch die Verordnung Nr. 2016/646/EU geänderten Fassung der Verordnung Nr. 692/2008/EG, insbesondere auch nicht aus dem ergänzten Art. 5. Diese Änderungen sind erst am 16.05.2016 in Kraft getreten, während das streitgegenständliche Fahrzeug bereits im Jahr 2015 gebaut und erstzugelassen wurde, weshalb das entsprechende Typgenehmigungsverfahren deutlich vor dem Inkrafttreten der Verordnung lag. 48

Selbst wenn eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten möglicherweise aus dem seinerzeit bereits geltenden Art. 3 Abs. 9 der Durchführungsverordnung Nr. 692/2008/EG herzuleiten sein könnte, lässt sich hieraus jedenfalls nicht der Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i.S.v. § 826 BGB ableiten. Zwar ist in Art. 3 Abs. 9 der Durchführungsverordnung Nr. 692/2008/EG geregelt, dass der Hersteller der Genehmigungsbehörde belegen muss, dass die NO_x Nachbehandlung nach einem Kaltstart bei -7 Grad Celsius innerhalb von 400 Sekunden eine für das ordnungsgemäße Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht. Ferner sieht die Vorschrift vor, dass der Hersteller der Genehmigungsbehörde gegenüber Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems, einschließlich ihres Funktionierens bei niedrigen Temperaturen macht, wobei diese Angaben auch eine Beschreibung etwaiger Auswirkungen auf die Emissionen umfassen sollen. Allerdings ist bereits fraglich, ob die Durchführungsverordnung unmittelbar eine Verpflichtung des Herstellers begründen kann. Die Verordnung richtet sich in erster Linie an die nationalen Behörden, was bereits aus der Vorbemerkung folgt, dass es sich um Verwaltungsvorschriften für die EG-Typgenehmigung handele. Dementsprechend regelt Art. 3 Abs. 9 der Durchführungsverordnung Nr. 692/2008/EG weiter, dass die Genehmigungsbehörde bei unzureichenden Angaben und Nachweisen keine Typgenehmigung erteilt und dass sie auf Verlangen der Kommission die entsprechenden Angaben vorlegen muss. Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich auch aus dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 VwVfG. Das KBA hat der Beklagten jedoch unstreitig ohne weitere Nachfragen eine Typgenehmigung für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp erteilt, woraus folgt, dass es weitergehende Angaben nicht für erforderlich hielt. Somit kann auf der Grundlage der zitierten Verordnung allenfalls dem KBA der Vorwurf gemacht werden, dass es die Genehmigung ohne die ggf. erforderlichen Angaben und Nachweise der Beklagten erteilt hat. Eine Verschleierung der Systematik der Abgasrückführung von Seiten der Beklagten, die zu einer Sittenwidrigkeit i.S.v. § 826 BGB führen könnte, lässt sich hieraus jedoch nicht ableiten (vgl. auch BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 99/21; OLG Hamm, Beschluss vom 15.04.2021, Az.: 34 U 184/20; OLG Celle, Urteil vom 14.04.2021, Az.: 7 U 1955/19; OLG München, Beschlüsse vom 08.04.2021 und vom 01.03.2021, Az.: 8 U 4122/20). 49

Auch sonstige Umstände, die darauf schließen lassen, dass die auf Seiten der Beklagten tätigen Personen bei der Entwicklung oder Applikation der Steuerung der Abgasrückführung in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, werden von dem Kläger weder dargelegt werden noch sind sie sonst ersichtlich. Auch insoweit liegt die Darlegungs- und Beweislast beim Kläger. Mangels hinreichender Anhaltspunkte für ein entsprechendes Bewusstsein bei den auf Seiten der Beklagten tätigen Personen ist die Beklagte auch nicht im Rahmen der sekundären Darlegungslast zu weiterem Sachvortrag verpflichtet. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine unzulässige Abschaltseinrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 217/2007/EG vorliegt und wann die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 217/2007/EG eingreift, jedenfalls bis zu dem Urteil des EuGH vom 17.12.2020 (Az.: Rs.-C 693/18) sehr kontrovers diskutiert wurde und teilweise nach wie vor auch noch diskutiert wird. Dementsprechend war die Rechtslage auch in Bezug auf das jedenfalls in vielen Fahrzeugen der Beklagten verbaute Thermofenster zu den maßgeblichen Fragen der Entwicklung und Verwendung des Thermofensters sowie auch dem Inverkehrbringen und Kauf dieser Fahrzeuge keineswegs so klar und eindeutig, dass sich der darin etwaig liegende Verstoß gegen die zitierte Verordnung den auf Seiten der Beklagten handelnden Personen aufdrängen musste (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21). Daher kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass die Beklagte die Rechtslage fahrlässig verkannt hat oder dass ein seinerzeit vertretbares Normverständnis zur Verwendung des Thermofensters sowie dem Inverkehrbringen der mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeuge geführt hat, was einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i.S.v. § 826 BGB entgegensteht (vgl. auch OLG München, Beschlüsse vom 08.04.2021 und vom 01.03.2021, Az.: 8 U 4122/20; OLG Brandenburg, Beschlüsse vom 29.01.2021 und vom 24.03.2021, Az.: 11 U 113/20; OLG Koblenz, Urteil vom 08.02.2021, Az.: 12 U 471/20; OLG Hamm, Urteil vom 06.07.2020, Az.: 17 U 168/19; OLG Nürnberg, Beschluss vom 04.02.2020, Az.: 5 U 4765/19; OLG Schleswig, Beschluss vom 19.12.2019, Az.: 3 U 13/19).

- b) 51
- Eine vorsätzliche sittenwidrigen Schädigung i.S.v. § 826 BGB wird auch nicht durch die Verwendung der Kühlmittel-Sollwert-Regelung (KSR) begründet. 52
- Insbesondere reicht der (nicht bestandskräftige) Rückruf des KBA betreffend die KSR in dem streitgegenständlichen Fahrzeug nicht aus. 53
- Auch wenn ein Rückruf des KBA eine unzulässige Abschaltseinrichtung indizieren kann, müssen – damit er eine Haftung der Beklagten wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB auslösen kann – grundsätzlich weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen, wobei die Prüfstandsbezogenheit in dem oben dargestellten Sinne auch insoweit ein geeignetes Abgrenzungskriterium darstellt (vgl. BGH, Beschluss vom 05.09.2022, Az.: VIa ZR 51/21; BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21; OLG München, Beschluss vom 24.10.2022, Az.: 27 U 5002/22). Zwar kann ein verpflichtender Rückruf des KBA – bei entsprechendem Inhalt – darüber hinaus auch ein Indiz dafür darstellen, dass in dem betroffenen Fahrzeug eine unzulässige Abschaltseinrichtung eingebaut ist, die prüfstandsbezogen arbeitet (BGH, Beschluss vom 21.09.2022, Az.: VII ZR 767/21; BGH, Beschluss vom 21.09.2022, Az.: VII ZR 471/21). Der Kläger hat jedoch nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass der Rückruf vorliegend aufgrund einer in dem Fahrzeug verbauten Manipulationssoftware erfolgt ist. Insbesondere ist er dem Vortrag der Beklagten diesbezüglich nicht konkret entgegengetreten. Diese hat behauptet, das KBA habe mit dem 54

Rückruf zwar die KSR in dem streitgegenständlichen Fahrzeug gerügt. Es habe jedoch lediglich beanstandet, dass es normale Betriebsbedingungen gegeben habe, unter denen das geregelte Kühlmittelthermostat nicht gegriffen habe. Diese Beanstandung habe sie durch das vom KBA freigegebene Software-Update erledigt. Aus dem Rückruf lässt sich daher nicht schlussfolgern, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über eine Manipulationssoftware verfügt, die den Prüfstand erkennt und das Emissionsverhalten nur dort optimiert.

Dementsprechend ist ein Rückschluss allein aus dem unstreitig erfolgten Rückruf auf ein Bewusstsein der Beklagten, gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen, sowie eine billigende Inkaufnahme dieses Verstoßes nicht möglich. Dem steht bereits der zeitliche Ablauf entgegen. Der Rückruf erfolgte erst im Februar 2020, die vorangegangenen Aufforderungen zur Durchführung der seinerzeit noch freiwilligen Service-Maßnahme im März und September 2019. Diese Maßnahmen lassen daher keine Schlussfolgerungen auf das Vorstellungsbild der auf Seiten der Beklagten handelnden Personen zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung – also der Entwicklung und Verwendung der Funktion und dem Eintritt eines etwaigen Schadens durch den Vertragsschluss im März 2015 – zu (vgl. zu dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt vgl. auch BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19; BGH, Urteil vom 08.12.2020, Az.: VI ZR 244/20).

Auch ansonsten fehlt es an einer schlüssigen Darlegung des Klägers, dass die KSR in dem streitgegenständlichen Fahrzeug prüfstandsbezogen arbeitet, dass sie also die Bedingungen des Prüfstandes erkennt und die Abgasreduzierung aktiviert, während sie nach Verlassen des Prüfstandes im realen Straßenbetrieb deaktiviert wird.

Zwar behauptet der Kläger in der Berufungsbegründung pauschal, die KSR werde „immer“ außerhalb der Prüfbedingungen deaktiviert. Belastbare Tatsachen, die seine pauschale Behauptung stützen, benennt der Kläger jedoch nicht (vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 99/21; BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 170/21). Dabei geht es – entgegen der klägerseits vertretenen Ansicht in der Berufungsbegründung – nicht um einen schriftlichen Vollbeweis i.S.v. § 286 ZPO, sondern um die Plausibilität und Grundlagen der pauschal aufgestellten Behauptung. Der sonstige Vortrag des Klägers stützt seine pauschale Behauptung nicht. Hieraus geht gerade nicht hervor, dass die KSR bei einem Start im realen Straßenbetrieb – wie der Kläger behauptet – nie eingreift.

Der Kläger hat erstinstanzlich unter Bezugnahme auf das Gutachten A behauptet, dass die KSR den NEFZ Fahrzyklus anhand bestimmter Parameter, die nur auf dem Prüfstand vorkommen, wie z.B. einer gegenüber dem Normalbetrieb geringeren Motordrehzahl und Motorleistung die Kühlmittelsolltemperatur von 100 auf 70 Grad reduziere. Sofern für eine Dauer von mehr als 5 Sekunden eine höhere Motordrehzahl oder –leistung, wie sie im Normalbetrieb die Regel sei, abgerufen werde, werde die Kühlmittelsolltemperatur dauerhaft auf 100 Grad Celsius erhöht. Abgesehen davon, dass die Kompetenz des Gutachters A, der auf der Internetpräsenz seiner Firma als Computer-Vision-Entwickler mit 20 Jahren Erfahrung in den Bereichen Medizin und Flugsicherung vorgestellt wird, sowie auch seine Vorgehensweise, lediglich die Software und nicht auch die Emissionen der Fahrzeuge zu untersuchen, zweifelhaft sind und dass das Gutachten unstreitig einen anderen Fahrzeugtyp betrifft, folgt hieraus auch in der Sache keine Prüfstandsbezogenheit. Vielmehr knüpft die KSR danach an bestimmte Parameter, wie z.B. die Drehzahl und den Luftmassenstrom an und arbeitet – sofern diese Parameter vorliegen – in beiden Fahrsituationen gleich. Entgegen der vom Kläger in der Berufungsbegründung vertretenen Rechtsauffassung muss dabei nicht die Beklagte darlegen, dass die maßgeblichen Parameter auch im realen Fahrbetrieb vorkommen, sondern der Kläger muss darlegen, dass dies nicht der Fall ist. Hierfür bestehen

allerdings auch nach den Ausführungen des Gutachters A keine hinreichenden Anhaltspunkte. Der Gutachter führt diesbezüglich lediglich aus, dass ein „Dauerbetrieb“ mit der niedrigeren Solltemperatur „wahrscheinlich“ den Motor schädigen würde. Hieraus lässt sich jedoch nicht schlussfolgern, dass die Funktion ausschließlich die Verbesserung der Emissionen auf dem Prüfstand bezweckt und dass sie im realen Fahrbetrieb daher keine Anwendung findet.

Entsprechendes gilt für den weiteren Vortrag des Klägers, die KSR reagiere darauf, dass ein Bündel von Parametern in bestimmter Art und Weise zusammentreffe, wobei es sich mindestens um die Umgebungslufttemperatur (größer 15 Grad Celsius), die Ansauglufttemperatur, den Luftdruck (größer 800 hpc), die Motorlast, die Drehzahl (größer 2.500 U/min), die Motoröltemperatur, die Betriebsdauer (Timer ab Motorstart) sowie die Motorstartsituation (Kalt- oder Warmstart) handele. Auch diesbezüglich ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass diese Parameter im realen Fahrbetrieb nicht vorkommen. Vielmehr hat die Beklagte die maßgeblichen Parameter dargelegt und auf dieser Grundlage erläutert, dass diese auch im realen Fahrbetrieb nicht nur punktuell und zufällig vorkämen und dass die KSR daher – bei Vorliegen der entsprechenden Parameter – im realen Fahrbetrieb und auf dem Prüfstand gleichermaßen arbeite. Die Beklagte hat im Hinblick auf die klägerseits beanstandete enge Bedatung erläutert, dass die Eingrenzung der Parameter zur Erreichung eines besseren Verhältnisses zwischen Stickoxid- und Partikel-Emissionen in der Warmlaufphase erfolge und dass der Nutzen der KSR daher auf die dargestellten Betriebsbedingungen begrenzt sei. Mit diesen umfangreichen Erläuterungen hat sich der Kläger weder in erster noch in zweiter Instanz auseinandergesetzt. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass selbst wenn sich die Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung im Realbetrieb nur innerhalb eines kurzen Zeitraumes auswirkt, dies nichts daran ändert, dass keine Prüfstandsbezogenheit im Sinne einer Prüfstandserkennungssoftware vorhanden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21).

Soweit der Kläger zu Begründung der Prüfstandsbezogenheit in der Berufungsbegründung außerdem anführt, dass die Emissionswerte im realen Fahrbetrieb erheblich höher als auf dem Prüfstand seien, und zum Beleg auf das Gutachten eines Sachverständigen aus einem Parallelverfahren vor dem LG Stuttgart (Az.: 17 O 344/20) verweist, dürfte es sich hierbei um das Gutachten des B handeln, das der Kläger bereits in erster Instanz als Anlage 10 zum Schriftsatz vom 27.04.2022 vorgelegt hat. Allerdings kann auch dieses Gutachten ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nicht begründen. Abgesehen davon, dass auch dieses Gutachten ein anderes Fahrzeug mit einem anderen Motor betrifft, folgt aus den Unterschieden der Emissionswerte bei der Rollenmessung und im realen Fahrbetrieb nicht, dass das Fahrzeug mit einer Manipulationssoftware im Sinne einer Prüfstandserkennung ausgestattet ist. Zwar hat der Gutachter bei seinen Untersuchungen mit dem Prüfstand vergleichbare Fahrstrecken, Geschwindigkeiten, Fahrweisen und Fahrzeiten gewählt. Der Kläger hat ferner vorgetragen, dass auch die Umgebungstemperaturen auf einem ähnlichen Niveau gelegen hätten. Nichtsdestotrotz unterscheidet sich der Prüfstand allerdings bereits aufgrund der Rahmenbedingungen so erheblich von dem normalen Fahrbetrieb, dass die dort gemessenen Werte auch ohne eine unzulässige Beeinflussung des Messverfahrens nicht den im Rahmen des tatsächlichen Gebrauchs anfallenden Emissionswerte entsprechen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 15.09.2021, Az.: VII ZR 2/21; OLG Stuttgart, Urteil vom 22.09.2020, Az.: 16a U 55/19). Die entsprechende Schlussfolgerung des Gutachters, das Fahrzeug verfüge über eine Prüfstandserkennung, vermag daher nicht zu überzeugen und wird auch von ihm selbst lediglich spekulativ formuliert. Als abschließendes Ergebnis hat der Gutachter festgehalten, dass er eine eindeutige Ursache für die Messunterschiede nicht beibringen könne.

Soweit der Kläger diesbezüglich die Ansicht vertritt, dass die Unterschiede zwischen den Emissionen auf dem Prüfstand und denen im realen Fahrbetrieb dem Schutzzweck der maßgeblichen Vorschriften der VO Nr. 715/2007/EG widersprächen, kann dies zwar möglicherweise Zweifel an dem vorgeschriebenen Verfahren, das Emissionsverhalten der Fahrzeuge auf dem Prüfstand und nicht im Realbetrieb zu testen, sowie auch an der Ausgestaltung des NEFZ begründen. Eine Prüfstandsbezogenheit der beanstandeten Funktion folgt hieraus jedoch nicht. 61

Dass die KSR im Prüfstandsbetrieb wie im realen Straßenbetrieb gleichermaßen Anwendung findet, hat auch das KBA – worauf die Beklagte zutreffend hinweist – in Parallelverfahren mehrfach auch in Bezug auf die Fahrzeuge bestätigt, für die ein amtlicher Rückruf vorliegt. Nichts anderes ergibt sich aus dem vom Kläger in erster Instanz als Anlage 8 zum Schriftsatz vom 27.04.2022 vorgelegten Schreiben des KBA vom 29.03.2021. Auch in diesem Schreiben hält das KBA die beanstandete Funktion gerade nicht für eine Prüfstandserkennung. Sofern es weiter davon ausgeht, dass die Schaltparameter an die Randbedingungen der Typ I Prüfung angelehnt und dort immer aktiv seien, folgt hieraus im Umkehrschluss nicht, dass diese Bedingungen im realen Fahrbetrieb nicht vorkommen. 62

Da die vom Kläger zum Beleg der Prüfstandsbezogenheit angeführten Gutachten und Stellungnahmen aus den genannten Gründen schon nicht dazu geeignet sind, eine Prüfstandsbezogenheit der KSR zu begründen, kann dahinstehen, ob die Ergebnisse aufgrund der an anderen Fahrzeugen durchgeführten Untersuchungen überhaupt übertragbar sind. 63

Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB lässt sich auch bezüglich der KSR nicht aus unzutreffenden oder unvollständigen Angaben der Beklagten gegenüber dem KBA im Typgenehmigungsverfahren schlussfolgern. 64

Der Kläger behauptet diesbezüglich, dass die Angaben der Beklagten zur KSR gegenüber dem KBA im Typgenehmigungsverfahren unvollständig gewesen seien, weil nur die normale und nicht die abgesenkte Kühlmitteltemperatur angegeben worden sei. Es seien darüber hinaus – so der Kläger – auch keine Angaben dazu gemacht worden, dass die AGR in Abhängigkeit zur Kühlmitteltemperatur geregelt werde. Das KBA habe – so der Kläger – aufgrund der seines Erachtens unvollständigen Angaben der Beklagten keine Möglichkeit gehabt habe, den Einsatz der KSR zu erkennen. Die Beklagte ist dem mit der Behauptung entgegengetreten, dass die Verknüpfung der Temperatur des Kühlmittels mit dem thermodynamischen Motormanagements und den emissionsmindernden Einrichtungen aus einem mit dem Beschreibungsbogen darstellten Funktionsschema des Emissionskontrollsystems erkennbar gewesen seien. Ferner habe sie den Maximalwert der Temperatur des Kühlmittels, den das Kühlsystem im Dauerbetrieb beibehalten solle, angegeben. Weitere, unstreitig nicht erfolgte Angaben zur KSR im Typgenehmigungsverfahren seien nach den seinerzeit geltenden Vorschriften und Formularen nicht erforderlich gewesen. Dem ist der Kläger nicht weiter entgegengetreten. 65

Dementsprechend ist bereits zweifelhaft, ob die Beklagte seinerzeit überhaupt zu weiteren Angaben im Typgenehmigungsverfahren verpflichtet war. Jedenfalls aber bestehen danach keine Anhaltspunkte für wesentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden (vgl. hierzu auch BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 99/21; BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 179/21; BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21). Wenn das KBA seinerzeit die Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren für unzureichend gehalten hätte, 66

hätte es nach dem Amtsermittlungsgrundsatz und auch den maßgeblichen europäischen Vorschriften ergänzende Informationen einholen müssen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 99/21; BGH, Beschluss vom 13.10.2021, Az.: VII ZR 179/21). Aus dem Umstand, dass das KBA ohne weitere Nachfragen eine Typgenehmigung für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp erteilt hat, lässt sich der Beklagten daher kein Vorwurf machen. Erst recht lässt dies nicht den Rückschluss auf eine bewusste Verschleierung und ein manipulatives Verhalten der Beklagten zu, das eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB begründen könnte.

Auch für die Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung gilt daher, dass sich den für die Beklagte handelnden Personen im Hinblick auf die unsichere Rechtslage die Gefahr einer Schädigung von Käufern nicht aufdrängen musste, so dass allein aufgrund einer zu unterstellenden objektiven Unzulässigkeit kein Schädigungsvorsatz herzuleiten ist, so dass in einer solchen Situation lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt ist (siehe auch insoweit BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21).

Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung umfangreich zur Grenzwertkausalität und zur Tatbestandswirkung der Typgenehmigung vorgetragen hat, ist der Fallbezug nicht ersichtlich. Für das Fahrzeug liegt ein verpflichtender Rückruf vor. Auch das Landgericht hat seine Entscheidung weder auf die Tatbestandswirkung der Typgenehmigung noch auf eine etwaig fehlende Grenzwertkausalität gestützt.

c) 69

Für den erhobenen Vorwurf einer Manipulation des OBD zur Verschleierung der oben genannten Abschaltseinrichtungen ist gleichfalls kein greifbarer Anhaltspunkt ersichtlich und zwar sowohl hinsichtlich der Manipulation als solcher als auch einer diesbezüglichen Täuschung des KBA im Typgenehmigungsverfahren. Soweit der Kläger behauptet, dass die Beklagte das OBD bewusst so gestaltet habe, dass bei den beanstandeten Funktionen kein Fehler angezeigt werde, stellt dies eine reine Mutmaßung ohne Substanz dar. Zudem fehlt den Ausführungen zu den Grundlagen und der Arbeitsweise dieser Funktion der Bezug zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug.

Sofern es um die Funktion selbst geht, sei darüber hinaus nur ergänzend darauf hingewiesen, dass es sich bei diesem System schon nicht um eine Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 5 der Verordnung Nr. 715/2007/EG handelt, weil es die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems selbst weder aktiviert, verändert, verzögert oder deaktiviert.

2. a) 72

Dem Kläger steht gegen die Beklagte auch kein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 31 BGB zu.

Unabhängig von der Frage, ob die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 263 StGB vorliegen, fehlt es aus den genannten Gründen jedenfalls an den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere an der Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden.

b) 75

76

Ebenso scheidet ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4, 5 VO Nr. 715/2007/EG oder anderen Vorschriften dieser Verordnung aus. Bei den genannten Vorschriften handelt es sich nicht um Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Auch wenn der Fahrzeugkäufer in der Vorbemerkung sowie Art. 4 Abs. 3 VO Nr. 715/2007/EG genannt wird, liegt dessen Individualschutz, insbesondere sein Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, entgegen der in der Berufung vertretenen Rechtsauffassung offensichtlich nicht im Aufgabenbereich der VO Nr. 715/2007/EG, insbesondere nicht der Art. 4 und 5 dieser Verordnung (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 5/20). Wie sich aus den Erwägungsgründen ergibt, dient die Verordnung vielmehr der Vollendung des Binnenmarktes durch Einführung gemeinsamer technischer Vorschriften zur Begrenzung der Emissionen von Kraftfahrzeugen sowie dem Umweltschutz, insbesondere der Verbesserung der Luftqualität. Erwähnt sind in den Vorbemerkungen zudem die Senkung der Gesundheitskosten und der Gewinn zusätzlicher Lebensjahre. Dafür, dass die Verordnung, insbesondere Art. 4 und 5 dem Schutz des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des einzelnen Fahrzeugerwerbers dient, fehlt demgegenüber jeglicher Anhalt (BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 5/20).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gebot einer möglichst wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts („effet utile“). Zwar können danach dem Einzelnen wegen der Verletzung von Gemeinschaftsrecht auch Schadensersatzansprüche gegen eine Privatperson zustehen. Voraussetzung ist jedoch auch insoweit die Verletzung einer drittschützenden Norm, die vorliegend aus den genannten Gründen nicht gegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 5/20). Die Ausführungen des BGH in der zitierten Entscheidung beziehen sich auch nicht lediglich auf Art. 4 VO Nr. 715/2007/EG, sondern ausdrücklich auch auf die gesamte Verordnung. 77

Entsprechendes gilt für die §§ 6, 27 EG-FGV. Auch diese Vorschriften stellen keine Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB dar, weil sie nicht dem Schutz der vorliegend etwaig verletzen Individualinteressen dienen (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 5/20; im Ergebnis zum fehlenden Drittschutz der genannten europarechtlichen Normen jetzt auch BGH, Beschluss vom 16.09.2021, VII ZR 190/20). 78

Der vom Kläger zitierte Schlussantrag des Generalanwalts C vom 02.06.2022 in der dort anhängigen Rechtssache C-100/21 gibt keinen Anlass für eine abweichende Rechtsauffassung. Ebenso wenig beabsichtigt der Senat, den Rechtsstreit im Hinblick auf diese Stellungnahme auszusetzen, so dass der entsprechende Antrag des Klägers zurückzuweisen war. Die Voraussetzungen für die beantragte Aussetzung gemäß § 148 ZPO liegen nicht vor. Gleichmaßen bietet der Schlussantrag keine Notwendigkeit der Aussetzung des Rechtsstreits analog § 148 ZPO (so z.B. auch OLG Schleswig, Beschluss vom 06.07.2022 – 7 U 43/22; OLG Naumburg, Beschluss vom 30.06.2022 – 8 U 27/22; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 14.07.2022 – 19 U 122/21; OLG München, Beschluss vom 01.07.2022 – 8 U 167/22). Die Anordnung des Ruhens des Verfahrens gemäß § 251 ZPO ist ebenfalls nicht veranlasst. 79

Zum einen ist der zitierte Schlussantrag für die zu erwartende Entscheidung des EuGH nicht verbindlich. Selbst wenn der EuGH der in den Schlussanträgen vertretenen Auffassung folgen sollte, dass die in Rede stehenden Regelungen der EG-FGV bzw. der VO 715/2007/EG – zu Letzterer stellt Generalanwalt C allerdings selbst in Rn. 40 f. seiner Schlussanträge wohl fest, dass deren Art. 5 nicht den Interessen eines individuellen Erwerbers eines Kraftfahrzeuges dient - auch drittschützende Wirkung haben, folgt daraus zudem nicht, dass diese Normen als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu werten sind. 80

Die Entscheidung, ob eine EU-Vorschrift als drittschützende Norm in diesem Sinne zu subsumieren ist, ist den nationalen Gerichte vorbehalten (vgl. auch BGH, Beschluss vom 06.04.2022, Az.: VII ZR 655/21). Für diese Einordnung kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf den Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass gerade einen Rechtsschutz intendiert hat, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird (Sprau, in: Grüneberg, BGB, 81. Auflage 2022, § 823 Rdn. 58). Die Stellungnahme des Generalanwalts C beschränkt sich jedoch auf die insoweit nicht maßgebliche Wirkung der Vorschriften. Hieraus folgt nicht, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber mit den genannten Vorschriften einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer bezweckte und an die (auch fahrlässige) Erteilung einer inhaltlich unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung einen gegen den Hersteller gerichteten Anspruch auf Rückabwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags hätte knüpfen wollen (BGH, Beschluss vom 04.05.2022, Az.: VII ZR 733/21; BGH, Beschluss vom 20.04.2022, Az.: VII ZR 720/21; BGH, Beschluss vom 10.02.2022, Az.: III ZR 87/21; BGH, Urteil vom 19.09.2021, Az.: VII ZR 190/20; BGH, Beschluss vom 07.07.2021, Az.: VII ZR 218/21).	81
Hinzu kommt, dass vier der mit Abgassachen befassten Senate des BGH einen Schutzgesetzcharakter in dem oben dargestellten Sinne in gefestigter und eindeutiger Rechtsprechung verneint und auch in Kenntnis des vor dem EuGH anhängigen Verfahrens keinen Anlass zu einer vorrangigen Klärung dieser Frage durch den EuGH gesehen haben.	82
Zudem ist auch das für einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung der o.g. Normen erforderliche Verschulden zweifelhaft. Selbst wenn man unterstellt, dass es sich bei den vorstehend bezeichneten Regelungen um Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handelte, ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls bis zur Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 (Rs. C-693/18 – Thermofenster stellt unzulässige Abschaltanlage i.S.d. VO 715/2007/EG dar) der Hersteller im Rahmen einer weiten Auslegung davon ausgehen durften, dass eine solche Steuerung jedenfalls aus Gründen des Motor- oder Bauteilschutzes zulässig sei. Mithin war auch für die Beklagte die Rechtswidrigkeit wegen eines möglichen Verstoßes gegen Unionsrecht nicht vorhersehbar, so dass sie sich in einem unvermeidlichen Verbotsirrtum befand. Vor diesem Hintergrund käme eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG auch dann nicht in Betracht, wenn es sich bei der Verordnung um ein Schutzgesetz handeln sollte.	83
3.	84
Auch soweit der Kläger seinen Anspruch auf § 831 BGB stützen möchte, hat die Klage keinen Erfolg. Wie oben bereits näher ausgeführt, hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt, dass ein Verrichtungsgehilfe der Beklagten den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung (§ 826, § 823 Abs. 2 BGB) rechtswidrig erfüllt hat.	85
III.	86
Die übrigen Voraussetzungen für eine Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO liegen ebenfalls vor. Die Rechtsache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Allein der Umstand, dass es zahlreiche Verfahren gegen die Beklagte u.a. aufgrund des auch hier verwendeten Thermofensters sowie der Kühlmittel-Solltemperaturregelung gibt, begründet keine grundsätzliche Bedeutung dieses Verfahrens. Entscheidungserheblich sind vorliegend keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, sondern vielmehr die Frage, ob die im konkreten Einzelfall feststellbaren Umstände den Rückschluss auf eine vorsätzliche	87

sittenwidrigen Schädigung i.S.v. § 826 BGB zulassen. Die weiter entscheidungserheblichen Rechtsfragen im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 BGB wurden bereits in zahlreichen Urteilen und Beschlüssen höchstrichterlich entschieden. Dementsprechend erfordern auch weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats aufgrund einer mündlichen Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.
