
Datum: 17.01.2022
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 13/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2022:0117.8U13.20.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 7 O 24/19

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 04.12.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

I.

2

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag über einen Pkw Audi Q5 quattro TDI 3.0 I, Euro 5, der – vermeintlich – vom sogenannten Diesel-Abgas-Skandal betroffen ist.

3

Der Kläger erwarb aufgrund Bestellung vom 27.12.2010 am 24.06.2011 (Auslieferungstag) von der T. GmbH in O. den streitgegenständlichen Pkw der Marke Audi Q5 quattro TDI 3.0 I Diesel, 176 kW, Euro 5, Fahrz.-Ident.-Nr. N01, zu einem Kaufpreis in Höhe von 65.610,01 € brutto. Entgegen der Darstellung in der Klageschrift handelte es sich nicht um ein Gebrauchtfahrzeug, sondern um einen Neuwagen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Kaufs wird auf die Rechnung vom 27.06.2011 (Anlage MBK K 1) Bezug genommen. Der Kläger beglich den Kaufpreis durch Überweisung von seinem Girokonto bei der S.bank. In dem Fahrzeug ist nach den Ausführungen des angefochtenen Urteils ein von der Beklagten hergestelltes Diesellaggregat des Typs EA 897 verbaut (nach der Darlegung der Beklagten im Berufungsverfahren hingegen EA 896), das über ein „Thermofenster“ verfügt. Die Kontrolle der Stickstoffemissionen erfolgt über eine Abgasrückführung, die bei bestimmten

4

Außentemperaturen reduziert oder ganz abgeschaltet wird mit der Folge, dass der Stickoxidausstoß ansteigt. Ob das Thermofenster und andere Motorsteuerungssysteme des streitgegenständlichen Motors unzulässige Abschaltvorrichtungen darstellen, steht zwischen den Parteien in Streit. Unstreitig ist das Fahrzeug des Klägers bisher nicht von einer Rückrufanordnung des Kraftfahrt-Bundesamtes (im Folgenden: KBA) betroffen gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Mit Schreiben der Klägervertreter vom 19.11.2018, wegen dessen Einzelheiten auf die Anlage MBK K 2 verwiesen wird, forderte Frau Z., die das Fahrzeug nach den dortigen Angaben mit Rechnung vom 27.06.2011 erworben habe, die Beklagte erfolglos unter Fristsetzung bis zum 20.12.2018 auf, ihr den Kaufpreis i.H.v. 65.610,01 € zu erstatten. Im Gegenzug bot sie an, das streitgegenständliche Fahrzeug Zug-um-Zug herauszugeben.

In dem vorliegenden Rechtsstreit, anhängig seit dem 30.01.2019 und rechtshängig seit dem 01.03.2019, hat der Kläger die volle Erstattung des Kaufpreises nebst Delikts- und Verzugszinsen Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung des Annahmeverzuges sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangt und dazu behauptet, das Fahrzeug verfüge über einen von der Beklagten entwickelten, produzierten und verbauten Motor EA 897. Dieser verfüge vergleichbar mit den Dieselmotoren des VW-Typs EA 189 über mehrere Technologien zur Reduktion des Stickoxidausstoßes, insbesondere eine unzulässige Abschaltvorrichtung, nämlich u. a. die Einrichtung eines unzulässigen Thermofensters, die Nutzung einer Aufwärmstrategie und den Einbau einer „Enthemmung“. Sämtliche Fahrzeuge mit SCR-Systemen seien nicht zulassungskonform. Die Beklagte habe ihn – den Kläger - über diese Tatsachen getäuscht. Das Fahrzeug sei von einer Rückrufaktion des KBA mit dem Ziel des Aufspiels eines Updates der Motorsoftware betroffen. Die Beklagte habe durch ihren Vorstand vom Einbau der Abschaltvorrichtung in das streitgegenständliche Fahrzeug gewusst. Ihm – dem Kläger – sei ein Schaden entstanden, da das Fahrzeug einen Wertverlust von mindestens 30 % erlitten habe. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe einen Schadensersatzanspruch aufgrund der verbauten Abschaltvorrichtungen, die gem. Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässig seien. Auch das sog. Thermofenster sei unzulässig, die Beklagte könne sich nicht auf die Ausnahmeregelung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 berufen. Ihm – dem Kläger – stünden daher Schadensersatzansprüche gem. § 826, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. europarechtlichen Normen und § 16 UWG zu.

Der Kläger hat beantragt,

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn – den Kläger – 65.610,01 € nebst jährlichen Zinsen i.H.v. 4 Prozent seit dem 24.06.2011 bis zum 20.12.2018 sowie i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.12.2018 Zug-um-Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs Audi Q5 quattro TDI 3.0 I mit der Fahrzeug-Identifikationsnummer N01 zu zahlen;
- 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet;
- 3.

die Beklagte zu verurteilen, an ihn – den Kläger – weitere 2.085,95 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

12

- die Klage abzuweisen.

134

Sie hat behauptet, das Fahrzeug verfüge über keine unzulässigen Abschaltseinrichtungen, auch nicht über einen SCR-Katalysator, und hat die Auffassung vertreten, dass der Kläger einen etwaigen Schädigungsvorsatz nicht hinreichend dargelegt habe. Das Thermofenster sei zum Schutz der Bauteile des Abgasrückführungssystems notwendig und aus Bauteilschutz nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a) Abs. 1 VO (EG) 715/2007 rechtlich zulässig.

15

Das Landgericht hat in der Verhandlung vom 30.10.2019 Hinweise zur Darlegungslast erteilt, zu denen der Kläger mit Schriftsatz vom 13.11.2019 Stellung genommen hat.

16

Sodann hat das Landgericht mit Urteil vom 04.12.2019 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klage zulässig und unbegründet sei. Das Landgericht Dortmund sei örtlich zuständig, weil sich die Beklagte gem. § 39 ZPO rügelos eingelassen habe. Der Antrag zu Ziff. 1) sei aber unbegründet. Der Kläger habe keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte gem. den §§ 826, 31 BGB. Soweit der Kläger behaupte, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschaltseinrichtung verbaut sei, fehle es bereits an einer schlüssigen Darlegung einer sittenwidrigen Schädigung durch das Inverkehrbringen eines derartigen Fahrzeugs. Der Kläger habe auch nach gerichtlichem Hinweis nicht nachvollziehbar dargelegt, dass eine solche Abschaltseinrichtung gerade in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut sein solle. Die Tatsache allein, dass es im Bereich des Volkswagen-Konzerns zum Einsatz von unerlaubten Abschaltseinrichtungen gekommen sei, führe nicht dazu, dass der Kläger bzgl. des konkreten Fahrzeug- bzw. Motorenmodells nicht mehr konkret darlegen müsse, weshalb auch in seinem Fall konkrete Anhaltspunkte für eine solche Einrichtung bestünden. Die rein spekulative Äußerung eines Generalverdachts könne nicht als tatsächlicher Anknüpfungspunkt für die vorgetragene Vermutung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug dienen. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei anders als vom Kläger behauptet nicht von einem Rückruf durch das KBA betroffen, denn dieser betreffe lediglich Audi Q5-Fahrzeuge der Emissionsstufe Euro 6 von 2014-2017, während das streitgegenständliche Fahrzeug der Emissionsklasse Euro 5 zugeordnet sei und ein Baujahr vor Auslieferung im Juni 2011 aufweisen müsse. So entbehre der Vortrag des Klägers zu der Rückrufaktion jeglichen Bezugs zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug. Aus diesem Grunde sei kein Beweis zu erheben gewesen; der Beweisantritt durch Sachverständigengutachten würde die Ausforschung von Tatsachen bezwecken. Ein Schadensersatzanspruch bestehe auch nicht in Bezug auf das Vorhandensein eines Thermofensters. Der Kläger habe auch nach gerichtlichem Hinweis vom 30.10.2019 nicht schlüssig vorgetragen, dass die Beklagte ihn durch den Einsatz eines Thermofensters vorsätzlich sittenwidrig geschädigt habe. Es fehle an jeglichem konkreten Vortrag des Klägers dazu, welches verfassungsmäßige Organ der Beklagten angeblich zu welchem Zeitpunkt Kenntnis von welchen Tatsachen gehabt habe und den Kläger habe schädigen wollen. Der Vortrag des Klägers erfolge ins Blaue hinein. Eine Übertragung der für den Motortyp EA 189 getroffenen Feststellungen scheide mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte aus. Der weitergehende Vortrag des Klägers zu weiteren vorhandenen Abschaltseinrichtungen

17

(Täuschung über das On-Board-Diagnosesystem (OBD)) sei gem. § 296a ZPO wegen Verspätung nicht zu berücksichtigen. Es liege kein Ausnahmefallbestand der §§ 296 Abs. 2 ZPO i. V. m. 139 Abs. 5 ZPO vor, da der neue Sachvortrag nicht vom Umfang des richterlichen Hinweises umfasst sei und eine Wiedereröffnung des Verfahrens gem. § 156 ZPO nicht geboten sei. Mangels sittenwidriger Schädigung bzw. schlüssig dargelegten Schädigungsvorsatzes scheiterten auch Schadensersatzansprüche gem. § 831 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz. Damit seien auch die Anträge zu 2) und zu 3) unbegründet.

Mit Beschluss vom 21.01.2020 hat das Landgericht auf Antrag der Beklagten den Tatbestand des Urteils dahingehend berichtigt, dass der Kläger das Fahrzeug nicht mit Abgasnorm Euro 6, sondern Euro 5, erworben habe. Den Antrag auf Berichtigung, dass der Motor vom Typ EA 896 und nicht EA 897 sei, hat das Landgericht zurückgewiesen. 18

Der Kläger verfolgt mit seiner gegen dieses Urteil eingelegten Berufung seine erstinstanzlichen Klageanträge – nach während des laufenden Berufungsverfahrens erfolgter Rücknahme bzgl. der Deliktzinsen und Akzeptierens der Anrechnung von Nutzungsentschädigung überwiegend – weiter und macht zur Begründung im Wesentlichen Folgendes geltend: 19

Er – der Kläger – habe nachvollziehbar dargelegt, dass eine Abschaltvorrichtung gerade in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut sei. Ob dieses von einem Rückruf durch das KBA betroffen sei, sei nicht maßgeblich für die Betrugshaftung. Ein Schadensersatzanspruch bestehe auch aufgrund des Vorhandenseins eines Thermofensters, über dessen Vorhandensein sich die Parteien nunmehr in tatsächlicher Hinsicht einig seien und zu dessen konkreter Ausgestaltung sich die Beklagte bisher nicht verhalte. 20

Auch in der Steuerungssoftware des streitgegenständlichen 3,0-Liter-Motors sei ähnlich wie im Motor EA 189 – ergänzt um ein sog. AECD-Steuergerät – eine Rollenprüfstanderkennung umgesetzt, die dafür Sorge trage, dass bei Erkennung eines Prüfstandtestbetriebs ein besonderer „Rollenprüfstandmodus“ aktiviert werde, um möglichst niedrige Schadstoffwerte messen zu lassen. Bei normalem Betrieb auf der Straße sei dieser Modus deaktiviert und seien die Emissionen höher. 21

Zur Erhärtung dieser Behauptung könne er – der Kläger – sich auf eine enorme Abweichung der – seitens der Beklagten ausdrücklich nicht bestrittenen – NOx-Messwerte im NEFZ-Betrieb mit PEMS-Messgerät im Vergleich zum NEFZ-Betrieb auf dem Rollenprüfstand beziehen. Eine dieser Messungen stamme aus dem Bericht der Untersuchungskommission „V.“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur und weise hinsichtlich des dort getesteten Fahrzeugs auf der Straße einen knapp 6,2-fach höheren NOx-Wert aus. Das genüge an konkreten Anhaltspunkten, um eine Behauptung ins Blaue hinein abzulehnen. 22

Vielmehr sei vor dem Hintergrund der vorgetragenen Diskrepanz der Messwerte davon auszugehen, dass es sich bei dem Thermofenster um eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 1 u. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 handele. 23

Zum streitgegenständlichen Motor EA 897 hätten diverse Landgerichte und Oberlandesgerichte inzwischen einen Mangel und Arglist des Herstellers festgestellt. 24

Die Manipulationen an den Motoren der Beklagten durch illegale Abschaltvorrichtungen mittels einer Aufwärmstrategie, eines Thermofensters, Wechsels der Motorsteuerung in den schmutzigen Abgasmodus, Einwirkungen auf das Getriebe mit niedrigerem Ausstoß von 25

Stickoxiden und CO² bei Dieselfahrzeugen, SCR-Technologie mit AdBlue-Tank mit dem ausschließlichen Ziel der Gewinnmaximierung durch Schaffung von Wettbewerbsvorteilen stellten eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung dar.

Die Beklagte habe vorsätzlich falsche Angaben zum Dieserverbrauch und CO²-Wert gemacht. 26

Hinzu komme, dass die Beklagte über das On-Board-Diagnosesystem OBD getäuscht habe, indem sie ihm – dem Kläger – konkludent mitgeteilt habe, dass das Fahrzeug über eine ordnungsgemäße technische Einrichtung verfüge. Eine Nachbesserung des OBD sei nicht möglich und nicht vorgesehen, sodass es sich dabei um eine illegale Manipulation nach Art. 4 VO Nr. 692/2008/EG und nach Erwägungsgrund Nr. 18 VO 715/2007/EG handele. 27

Die Beklagte habe im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast die Namen der Vorstandsmitglieder zu nennen, denen Inhalt und Umfang der Manipulationen auf Führungsebene bekannt gewesen seien, also den Stand ihrer Ermittlungen über die an dem Betrug beteiligten Personen mitzuteilen. 28

Es folgen Ausführungen über den Hintergrund der EU-Vorschriften für den Rückruf sowie Grundlagen zu Stickoxiden, Stickstoffdioxid und deren Gefährlichkeit (S. 29-36 der Berufungsbegründung). 29

Die Gebrauchstauglichkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei eingeschränkt. Wenn er – der Kläger – das Fahrzeug in dem Bewusstsein fahre, dass es manipuliert sei, komme es zwangsläufig zur Haftung nach den §§ 7, 18 StVG, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 223, 224, 229 StGB. Aufgrund der Manipulationen der Beklagte und des Erlöschens der Betriebserlaubnis für den Pkw kraft Gesetzes gem. § 18 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StVZO müsste er – der Kläger – für nicht sozialadäquates Verhalten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern haften. 30

Diese Umstände könnten zu einem Versicherungsverlust und zur Strafbarkeit führen. Er – der Kläger – müsse aufgrund der Manipulationen der Beklagten damit rechnen, sich strafbar zu machen, den Versicherungsschutz zu verlieren oder für Gesundheitsschäden zu haften. 31

Aufgrund der Manipulation der Motorsteuerung würden Fahrzeuge vom KBA zurückgerufen, weil sie nicht die Voraussetzungen der EU-Typgenehmigung und des § 38 BImSchG erfüllten. 32

Selbst wenn er – der Kläger – dem etwaigen Rückruf Folge leisten und sich die neue Software als „Update“ aufspielen lassen würde, bestehe das Risiko, dass das Fahrzeug stillgelegt werde. Die Entscheidung des KBA hierzu sei rechtswidrig. Eine Nachbesserung sei physikalisch nicht möglich und halte gesetzliche Grenzwertvorschriften nicht ein. 33

Die Beklagte könne hinsichtlich der Rückrufaktion nicht behaupten, dass diese zu einer Mangelfreiheit der Fahrzeuge – und damit seiner, des Klägers, Schadensfreiheit – führen würde. Die Beklagte müsse erläutern, welche Manipulation wie beseitigt und welche Parameter geändert worden seien. Erst dann liege ein einlassungsfähiger Vortrag vor. 34

Insbesondere seien die auf S. 48 der Berufungsbegründung zusammengefassten Nachteile durch das Update möglich. Durch den Makel des Abgasskandals habe das streitgegenständliche Fahrzeug unabhängig davon einen merkantilen Minderwert erlitten. 35

Ihm – dem Kläger – sei die Teilnahme an einer etwaigen Rückrufaktion unzumutbar. 36

Sein Vortrag sei ausreichend substantiiert. Von ihm könne nicht erwartet werden, im Detail alle technischen Einzelheiten darzulegen, bei denen es sich um Betriebsinterna der Beklagten handele. Auch spiele es keine Rolle, was in dem Verkaufsgespräch besprochen worden sei. Die Beklagte unterliege einer sekundären Darlegungslast. Der BGH habe mit Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, deutlich gemacht, dass die Substantiierungsanforderungen an die Darlegung des Vorhandenseins eines Sachmangels wegen Einbaus einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einem Dieselmotor nicht überspannt werden dürften.

Es komme nicht darauf an, dass die Parteien über die interne Bezeichnung des im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motors – Kläger: EA 897, Beklagte: 896 Gen2 – stritten, da diese Motorengruppen identisch seien. Auch auf einen tatsächlichen Rückruf komme es nicht an, weil bestimmte Motorvarianten des EA 897 nach Presseberichten schon Rückrufaktionen des KBA wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen unterlegen seien, u.a. einem Rückruf des KBA vom 14.10.2019 wegen einer Aufheizstrategie und einem solchen vom 02.12.2019 wegen einer Lenkwinkelerkennung. Zudem habe das KBA am 21.02.2020 einen weiteren verpflichtenden Rückruf für alle Fahrzeuge der Modelle A6 und A7 der Baujahre 2010 bis 2015 und somit Zulassung nach Euro 5-Norm zur Entfernung unzulässiger Abschaltvorrichtungen veröffentlicht. In dem streitgegenständlichen Motor sei in der Steuerungssoftware eine Rollenprüfstanderkennung eingesetzt. 38

Die Beklagte habe durch den Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gegen die guten Sitten verstoßen. Sie habe auch vorsätzlich gehandelt, weil sie gewusst habe, dass der Einbau der Software zu einem zulassungsrechtlich illegalen Zustand führen würde. 39

Die Beklagte müsse sich das Verhalten ihrer Mitarbeiter, Organe und Erfüllungsgehilfen gem. §§ 31, 166, 831 BGB zurechnen lassen. Komme die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht nach, gelte sein – des Klägers – Vortrag gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. 40

Der ihm – dem Kläger – entstandene Schaden sei vom Schutzzweckzusammenhang der Norm des § 826 BGB umfasst. 41

Die Beklagte hafte auch aus § 831 BGB für die widerrechtliche Schädigung durch ihre mit der Entwicklung der Software betrauten Ingenieure als Verrichtungsgehilfen; eine Entlastung gelinge ihr nicht. 42

Ferner habe die Beklagte eine Schutzgesetzverletzung gegen § 263 StGB begangen, die zu einem ersatzfähigen Schaden geführt habe. Zudem hafte sie aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. europarechtlichen Schutznormen betreffend die Typgenehmigung. Die Typgenehmigung setze eine ordnungsgemäße Beschreibung der On-Board-Diagnosesysteme voraus. Hier seien aber offensichtlich falsche Angaben im Rahmen der Typgenehmigung gemacht worden. Die Beklagte habe kein funktionierendes Qualitätsmanagementsystem. 43

Der Anspruch bestehe auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 UWG a.F. bzw. § 16 UWG. 44

Der Kläger hat nach bzgl. der Deliktzinsen und der ursprünglichen Nichtberücksichtigung einer Nutzungsentschädigung erfolgter teilweiser Berufungsrücknahme im Verhandlungstermin vor dem Senat vom 21.10.2020 beantragt, 45

- unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn – den Kläger – 65.610,01 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.12.2018 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs Audi Q5 quattro TDI 3.0 l mit der Fahrzeug-Identifikationsnummer N01, abzgl. einer Nutzungsentschädigung in €, deren Höhe sich nach der folgenden Formel beziffert: Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer : Restlaufzeit im Erwerbszeitpunkt;	489
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet;	50
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn – den Kläger – weitere 2.085,95 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	51
Die Beklagte hat beantragt,	52
die Berufung zurückzuweisen.	534
Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags mit näheren Ausführungen gegen die Berufungsangriffe des Klägers und macht hierzu im Wesentlichen Folgendes geltend:	55
Die Berufung sei als unzulässig zu verwerfen, weil die Berufungsbegründung nicht den gesetzlichen Anforderungen genüge. Der Kläger schaffe es, auf 89 Seiten Berufungsbegründung und 22 Seiten des weiteren Schriftsatzes kein einziges Mal Bezug zum Urteil oder zum streitgegenständlichen Fahrzeug zu nehmen. Der Kläger lege nicht dar, warum das konkrete Urteil rechtsfehlerhaft sein solle. So gehe er wiederholt auf einen SCR-Katalysator und eine angeblich fehlerhafte AdBlue-Einspritzung ein, obwohl diese in dem streitgegenständlichen Fahrzeug nicht verbaut seien.	56
Die Berufung sei zudem unbegründet, weil dem Kläger gegen sie – die Beklagte – kein Schadensersatzanspruch zustehe.	57
In das streitgegenständliche Fahrzeug sei ein Motor des Typs EA 896, Erstzulassung 2011, verbaut. Motoren des Typs EA 897, die stets die Voraussetzungen der Abgasnorm EU6 erfüllten, würden bei Fahrzeugen des Typs Q5 erst ab dem Modelljahr 2017 verbaut. Die Ausführungen des Klägers zu Motoren des Typs EA 897 gingen daher an der Sache vorbei und könnten die Ansprüche des Klägers durch Vortrag ins Blaue hinein nicht ausreichend substantiiert darlegen. Deshalb bestehe bzgl. des pauschal behaupteten Vorliegens einer „Manipulation“ oder „Abschalteinrichtung“ auch keine sekundäre Darlegungslast auf ihrer – der Beklagten – Seite.	58
Für das streitgegenständliche Fahrzeug lägen unstreitig kein Bescheid des KBA wegen dessen Emissionsverhaltens und kein Rückruf vor. In einem vergleichbaren Sachverhalt zu einem Audi A6 3.0 V6 TDI EU5 habe der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren eine Klageabweisung ohne Beweisaufnahme bestätigt (Beschluss vom 10.03.2020, VI ZR 417/19). Im Gewährleistungsrecht (in dem die vom Kläger	59

zitierte o. g. Entscheidung des VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zu den Substantiierungsanforderungen ergangen sei) gälten andere Substantiierungsanforderungen als im Deliktsrecht.	
Keinesfalls obliege ihr – der Beklagten – eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der konkreten Softwarekonfiguration und des Nichtvorliegens einer unzulässigen Abschaltseinrichtung. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei nicht von der in Fahrzeugen mit Motoren des Typs EA 189 verbauten Umschaltlogik betroffen.	60
Die pauschale Behauptung des Klägers, dass sein Fahrzeug einen erhöhten Kraftstoffverbrauch/CO ² -Ausstoß aufweisen solle, werde bestritten. Im Übrigen wäre dem Kläger ein solcher bereits im Jahre 2011 zur Kenntnis gelangt, sodass die Einrede der Verjährung erhoben werde.	61
Auch der behauptete Minderwert des betroffenen Fahrzeugs sei nicht gegeben.	62
Die kurze Bemerkung des Klägers zu einer Aufwärmstrategie sei jedenfalls nicht ausreichend substantiiert und daher in ihrer Pauschalität nicht einlassungsfähig. Soweit hier ein Rückruf des KBA in Bezug genommen werde, stehe dieser im Zusammenhang mit dem SCR-Katalysator, der im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht zum Einsatz komme.	63
Gleiches gelte für den Vorwurf einer Manipulationssoftware, die auf das Getriebe einwirke, und zu einem AECD-Steuergerät. Dieses Vorbringen sei ebenso pauschal und nicht einlassungsfähig sowie ebenfalls neu und gem. § 531 Abs. 2 ZPO unbeachtlich.	64
Schließlich seien auch die Behauptungen des Klägers, dass sie – die Beklagte – über die Funktionsweise des On-Board-Diagnosesystems (OBD) getäuscht habe, falsch. Dieses stelle schon keine unzulässige Abschaltseinrichtung dar.	65
Das Thermofenster sei entgegen den sehr pauschalen, oberflächlichen und widersprüchlichen Ausführungen des Klägers nicht als unzulässige Abschaltseinrichtung zu bewerten und sei auch beim streitgegenständlichen Fahrzeug nicht durch das KBA beanstandet worden. Der Kläger habe nicht substantiiert dargelegt, warum die Funktionsweise des Thermofensters unzulässig sein sollte.	66
Jedenfalls könne der Einbau eines Thermofensters keine deliktische Haftung begründen. Es fehle an einer vorsätzlichen Schädigungsabsicht. Der Verbau von Thermofenstern sei dem KBA im Typgenehmigungsverfahren bereits bekannt gewesen.	67
Beim streitgegenständlichen Fahrzeug, dessen maßgebliche Abgaswerte nach der bei Erstzulassung im Baujahr 2011 geltenden VO (EG) 715/2007 und 692/2008 zur Erlangung einer Typgenehmigung ausschließlich unter Laborbedingungen gemessen worden seien, seien RDE-Messungen im realen Fahrbetrieb weiterhin nicht maßgeblich.	68
Es fehle an der Kausalität einer unterstellten Täuschungshandlung für eine Schädigung des Klägers. Auch seien weiterhin subjektive Tatbestandsmerkmale der behaupteten Haftungsnormen nicht substantiiert dargelegt.	69
Auch die weiteren geltend gemachten Hauptsacheanspruchsgrundlagen seien nicht schlüssig dargelegt.	70
Jedenfalls stehe einem etwaigen Schadensersatzanspruch ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung gegenüber.	71

Sie – die Beklagte – befinde sich nicht im Annahmeverzug und der Kläger habe keinen Anspruch auf Verzinsung des Kaufpreises gem. § 849 BGB.	72
Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 21.10.2020 auf die Risiken des Rechtsmittels des Klägers hingewiesen, jedoch vorsorglich aufgrund der Verhandlung mit Beschluss vom selben Tage die Einholung einer amtlichen Auskunft des KBA angeordnet. Das KBA hat die erbetene Auskunft, auf deren Inhalt verwiesen wird, unter dem 17.03.2021 erteilt und die Parteien haben hierzu nach entsprechendem Hinweis des Senats zur voraussichtlichen Erfolglosigkeit der Berufung Stellung genommen.	73
In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 17.01.2022 hat der Kläger, vertreten durch seinen Bevollmächtigten, keinen Antrag gestellt.	74
Die Beklagte beantragt,	75
• die Berufung zurückzuweisen und nach Lage der Akten zu entscheiden.	76
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Gerichtsakten gereichten Unterlagen verwiesen.	78
<u>II.</u>	79
Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber unbegründet.	80
<u>A. Entscheidung nach Lage der Akten</u>	81
Auf den Antrag der Beklagte entscheidet der Senat über die Berufung des im zweiten Verhandlungstermin säumigen, nämlich nicht i. S. d. § 333 ZPO verhandelnden Klägers, durch Urteil nach Lage der Akten gem. § 331a ZPO. Dem Antrag der Beklagten war zu entsprechen, weil der Sachverhalt für eine derartige Entscheidung hinreichend geklärt ist. Der Senat hat die Sach- und Rechtslage mit den Parteien in dem Verhandlungstermin vom 21.10.2020 umfassend erörtert und auf Grundlage der vorsorglich eingeholten amtlichen Auskunft des KBA darauf hingewiesen, dass die Berufung des Klägers voraussichtlich keinen Erfolg haben wird, ohne dass es noch einer weitergehenden Beweisaufnahme bedürfte. Dieser Hinweis ist im Verhandlungstermin vom 17.01.2022 in Gegenwart des anwaltlichen Vertreters des Klägers wiederholt worden.	82
<u>B. Zulässigkeit der Berufung</u>	83
I. Die Berufung des Klägers ist fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 517 ZPO schriftlich beim Oberlandesgericht eingelegt (§ 519 Abs. 1 ZPO) und zugleich innerhalb der Begründungsfrist des § 520 Abs. 2 S. 1 ZPO vor dem Senat begründet worden.	84
II. Soweit die Beklagte rügt, dass die Berufungsbegründung nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genüge, greift das nicht durch. Zwar macht die Beklagte im Kern zu Recht geltend, dass sich die 86-seitige Berufungsbegründung und der 19-seitige Schriftsatz vom 27.05.2020 ganz weitgehend in Textbausteinen und Zitaten anderer Entscheidungen erschöpfen, die nichts mit dem Inhalt des angefochtenen Urteils und dem konkreten vorliegenden Sachverhalt zu tun haben. Die Berufungsbegründung muss jeweils auf den Streitfall zugeschnitten sein und im Einzelnen erkennen lassen, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art sowie aus welchen Gründen der Berufungskläger das Urteil	85

für unrichtig hält (vgl. BGH, Beschluss vom 21.07.2020, VI ZB 59/19, juris; Heßler, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 520 Rn. 33). Diesen Anforderungen wird die Berufungsbegründung des Klägers noch gerecht. Dieser legt dar, welche konkreten unzulässigen Abschaltseinrichtungen der Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs aufweisen soll, ungeachtet der Frage, ob er vom Typ EA 897 oder EA 896Gen1 oder 2 ist (Thermofenster, Aufwärmstrategie, Lenkwinkelerkennung, Manipulation des Getriebes, Täuschung über das OBD-System, vorsätzlich falsche Angaben zum Dieserverbrauch und CO ² -Wert). Auch wenn die Angaben zum SCR-Katalysator und AdBlue-Tank für das vorliegende Fahrzeug nicht passen, werden damit doch konkrete Manipulationen der Motorsteuerungssoftware des streitgegenständlichen Fahrzeugs behauptet. Zudem rügt der Kläger ausdrücklich und mit der Zitierung konkreter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Landgericht die Substantiierungsanforderungen überspannt habe.	
III. Dies würde selbst dann gelten, wenn der Vortrag zu den weiteren behaupteten Abschaltseinrichtungen neben dem sog. „Thermofenster“ als neuer Sachvortrag in der Berufungsinstanz gewertet werden müsste (§§ 529-531 ZPO), da ein Austausch bzw. Ergänzung des Vortrags zu behaupteten technischen Vorrichtungen keine Klageänderung i.S.d. § 533 ZPO beinhalten würde; Anträge und Lebenssachverhalte bleiben identisch, es geht nur um die Ergänzung des tatsächlichen Vortrags, deren Zulassung eine Frage der Begründetheit ist (OLG Hamm, Urteile vom 18.02.2020, 19 U 29/19 und 19 U 50/19).	86
<u>C. Begründetheit der Berufung</u>	87
Die Berufung des Klägers ist unbegründet, weil ihm in der Sache selbst kein teilweiser abändernder Anspruch auf Schadensersatz in der Hauptsache, auf Feststellung des Annahmeverzuges und auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten zusteht.	88
I. Zulässigkeit der Klage	89
Die Klage ist zulässig.	90
<u>1. Örtliche Zuständigkeit</u>	91
Die vom Landgericht angenommene örtliche Zuständigkeit hat der Senat gem. § 513 Abs. 2 ZPO nicht mehr zu überprüfen.	92
<u>2. Feststellungsinteresse, § 256 Abs. 1 ZPO</u>	93
Das feststellungsfähige Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO für den Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges folgt aus den §§ 756, 765 ZPO.	94
II. Begründetheit der Klage	95
Die Klage ist aber in dem verbliebenen Umfang unbegründet.	96
1. Antrag zu 1): Anspruch auf Zahlung von 65.610,01 € nebst Zinsen abzgl. Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw Audi Q5 quattro	97
a) Hauptsacheanspruch	98
aa) Anspruch aus §§ 826, 31, 249, 251 BGB	99
	100

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 65.510,01 € abzgl. Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs aus den §§ 826, 31, 249, 251 BGB. Denn die Beklagte hat keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung zum Nachteil des Klägers begangen, indem sie den von ihr entwickelten und hergestellten Motor, der in dem von dem Kläger erworbenen Pkw Audi Q5 verbaut worden ist, mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung (Motorsteuerungssoftware) in Verkehr gebracht, damit das KBA über die EG-Typgenehmigungsfähigkeit getäuscht und dabei zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass dem gleichstehend auch ein Autokäufer wie der Kläger täuschungsbedingt ungewollt eine kaufvertragliche Verbindlichkeit im Gegenzug für ein Auto einging, welches infolge einer unzulässigen Abschaltseinrichtung vom Entzug der Typgenehmigung und/oder von einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung bedroht ist. Die in den Grundsatzurteilen des Bundesgerichtshofs zum Volkswagenmotor EA189 dargelegten Voraussetzungen (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, und vom 30.07.2020, VI ZR 397/19 und VI ZR 367/19, jeweils juris) sind nicht erfüllt.

(1) Der Kläger hat hinsichtlich der unstreitig in dem streitgegenständlichen Motor eingesetzten Softwarekonfigurationen ebenso keinen Anspruch aus § 826 BGB hinreichend dargelegt wie hinsichtlich der weiteren behaupteten streitigen Einrichtungen. Zum Teil kann der Senat offenlassen, ob es sich bei den Softwareeinstellungen in technischer und rechtlicher Hinsicht um eine unzulässige Abschaltseinrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handelt, zum Teil hat der Kläger das Vorliegen einer bestimmten Softwareeinstellung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug schon nicht hinreichend substantiiert. 101

(2) Bzgl. der unstreitigen Softwareeinstellungen lässt sich kein objektiv und subjektiv verwerfliches sittenwidriges Verhalten der Beklagten feststellen. 102

(a) Thermofenster 103

Soweit der Motor des klägerischen Pkw unstreitig über ein sog. „Thermofenster“ verfügt, hat das Landgericht darin zu Recht keinen hinreichenden Anhaltspunkt für eine den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung begründende unzulässige Abschaltseinrichtung gesehen. 104

(aa) Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, ist das bloße Vorliegen einer unzulässigen Abschaltseinrichtung in Gestalt eines sog. Thermofensters nicht geeignet, den Vorwurf der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung zu begründen. Denn zur Begründung einer deliktischen Haftung aus § 826 BGB genügt es nicht, dass das Fahrzeug einen Sachmangel aufweist, der darin besteht, dass es den gesetzlichen Bestimmungen nicht in allen Punkten entspricht, weil es eine unzulässige Abschaltseinrichtung aufweist. Es muss vielmehr eine besondere Verwerflichkeit hinzutreten, was in der Regel das Bewusstsein der handelnden Personen voraussetzt, gegen gesetzliche Bestimmungen zu verstoßen (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, juris, Rn. 19; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, juris, Rn. 28; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 13). Das Vorbringen des Klägers bietet dem Senat keine Veranlassung, von seiner Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 28.09.2020, I-8 U 17/20) abzuweichen. 105

(bb) Der Kläger hat keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Temperatursteuerung der Abgasreinigung danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. 106

(cc) Ferner hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger keine konkreten Tatsachen vorgetragen, aus denen gefolgert werden könnte, dass die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren unzutreffende Angaben gemacht und das KBA in Bezug auf das Vorhandensein des Thermofensters bewusst und gewollt getäuscht hat (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, juris). Der Vortrag des Klägers vermag nicht eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung mittelbar durch Täuschung des KBA durch die Beklagte über die Zulassungsfähigkeit zu begründen. Konkrete, den Anforderungen der o. g. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an zusätzlichen Tatsachenvortrag zur Sittenwidrigkeit einer Schädigung durch die Verwendung des Thermofensters genügende Darlegungen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 19.01.2021 und 09.03.2021, a.a.O.), dass und wie die Beklagte im Rahmen der unstreitig erfolgten Offenlegung der Verwendung eines Thermofensters das KBA gleichwohl mindestens bedingt vorsätzlich über dessen Wirkungsweise getäuscht haben soll, fehlen. Es ist nicht hinreichend dargetan, dass die Beklagte im Zulassungsverfahren unzutreffende oder unvollständige Angaben zur Wirkungsweise der Abgasreinigung gemacht und die Typgenehmigung für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp erschlichen hat; darlegungs- und beweisbelastet ist der Kläger. Eine Täuschung durch konkrete unzutreffende Angaben behauptet der Kläger nicht. Eine Täuschung durch Unterlassen ist ebenfalls nicht ersichtlich. Denn es ist in tatsächlicher Hinsicht offen, ob die Beklagte nach den damaligen Vorschriften zum EG-Typgenehmigungsverfahren überhaupt verpflichtet war, Einzelheiten der Funktionsweise der Abgasreinigung offen zu legen. Wenn das KBA – unstreitig – zumindest allgemein über das Vorhandensein des Thermofensters informiert war, die EG-Typgenehmigung aber ohne Rückfrage beim Hersteller erteilte, fehlen belastbare Anhaltspunkte für eine Täuschung durch Unterlassen. Die gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Präzisierung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch die Urteile in vier Parallelverfahren vom 16.09.2021 (VII ZR 190/20, VII ZR 286/20, VII ZR 321/20 und VII ZR 322/20, jeweils juris). Danach folgen auch aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden Selbst wenn die Beklagte dabei – erforderliche – Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 u. 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen. Anhaltspunkte für wesentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, hat der Kläger nicht substantiiert und vermag der Senat auch nicht zu erkennen.

(dd) Eine Auflage an die Beklagte, Unterlagen zum Typgenehmigungsverfahren des streitgegenständlichen Fahrzeugs vorzulegen, kommt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nicht in Betracht. Denn die Beklagte trifft in diesem Zusammenhang wegen des Fehlens von Anhaltspunkten für deliktisches Verhalten keine sekundäre Darlegungslast (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 41). Erst recht ist die Beklagte angesichts des Sach- und Streitstandes nicht verpflichtet, dem Kläger durch die Vorlage von Unterlagen Informationen zu verschaffen, die dieser für seinen Prozess Erfolg zu benötigen glaubt (BGH, Urteil vom 08.01.2014, I ZR 169/12, juris, Rn. 18; BGH, Urteil vom 08.03.2021, VI ZR 505/19, juris, Rn. 27). Dies liefe – ebenso wie die beantragten Beweiserhebungen – auf eine unzulässige Ausforschung hinaus. Eine Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG liegt insoweit nicht vor.

108

(ee) Auf die Frage, ob es sich bei dem sog. „Thermofenster“ um eine unzulässige Abschalteinrichtung i. S. v. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 handelt und ob die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, NJW 2021, 1216) für diese Beurteilung einschlägig ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, sie spielte auch für den Bundesgerichtshof keine Rolle, da es – wie vorliegend – an hinreichendem Vortrag für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung fehlte (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, juris, Rn. 16).

(ff) Ob das streitgegenständliche Fahrzeug ggf. im Straßenbetrieb eine mehrfache Überschreitung der zulässigen Abgasgrenzwerte herbeiführt, kann ebenfalls keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung begründen. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris, Rn. 23) genügt der Hinweis auf Diskrepanzen der Messwerte zwischen RDE und NEFZ als greifbarer Anhaltspunkt für Manipulationssoftware jedenfalls bzgl. der Euroabgasnorm 5 nicht, da nach damaliger Rechtslage nur die NEFZ-Werte maßgeblich für die Erlangung der Typgenehmigung waren, die hier ausweislich der Rubrik K 6 der Zulassungsbescheinigung Teil I am 08.12.2014 erteilt worden ist. 110

(b) Konfiguration von SCR-Katalysator und AdBlue-Tank 111

Soweit der Kläger selbst im Berufungsverfahren seinen Vortrag zu unzulässigen Abschalteinrichtungen noch immer auf die Software in Bezug auf SCR-Katalysator und AdBlue-Tank stützt, ist unstreitig und senatsbekannt i.S.d. § 291 ZPO, dass das in 2011 zugelassene EU 5-Fahrzeug darüber nicht verfügt. 112

(3) Streitige Manipulationssoftware (Aufheizstrategie, Fahrkurvenerkennung, Lenkwinkelerkennung, OBD-System) 113

Bzgl. der zwischen den Parteien in tatsächlicher Hinsicht streitigen weiteren behaupteten Manipulationssoftware vermag der Senat ebenfalls nicht von einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers auszugehen. 114

(a) Soweit der Kläger unter Bezugnahme auf Rückrufanordnungsbescheide des KBA behauptet, dass die Beklagte weitere unzulässige Abschalteinrichtungen entwickelt und in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut habe, insbesondere eine Aufheizstrategie, eine Fahrkurvenerkennung, eine Lenkwinkelerkennung und eine Manipulation des OBD-Systems, handelt es sich um unbeachtliche Behauptungen „ins Blaue hinein“, die keine Beweisaufnahme – u. a. durch Einholung eines Sachverständigengutachtens – rechtfertigen. Dabei kann offenbleiben, ob sich der Senat bei der Beantwortung dieser Frage an den Vorgaben des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 28.01.2020 (VIII ZR 57/19, juris) zu orientieren hätte, da es sich um ein obiter dictum zum Sachmängelgewährleistungsrecht handelt (Senat, Urteile vom 07.12.2020, 8 U 45/20 und 8 U 79/20). Denn diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof jedenfalls auch auf Ansprüche aus § 826 BGB übertragen, wonach eine Behauptung dann unbeachtlich ist, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, juris Rn. 8; so auch BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 22; Urteile vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, VII ZR 286/20, VII ZR 321/20, VII ZR 322/20, jeweils juris Rn. 20 ff., 27)). 115

(b) Selbst bei der gebotenen Zurückhaltung bei der Annahme willkürlicher Darlegungen ist das Vorbringen des Klägers unbeachtlich, da er für das Vorhandensein der behaupteten 116

Manipulationen jedenfalls unter Berücksichtigung der amtlichen Auskunft des KBA keine greifbaren Anhaltspunkte vorgetragen hat.

(aa) Unzulässige Abschalteneinrichtung durch Aufheizstrategie

117

Das Vorbringen des Klägers zum Vorliegen einer manipulierten Aufheizstrategie ist selbst bei der gebotenen Zurückhaltung bei der Annahme willkürlicher Darlegungen unbeachtlich. Der Kläger hat seine vermeintlichen Ansprüche in erster Instanz und in der Berufungsbegründung unter offenkundiger Verwendung einer Vielzahl von Textbausteinen letztlich mit der Äußerung eines nicht zulässigen und substantiierten Generalverdachts gegen sämtliche 3.0 l Diesel-V6-Motoren der Beklagten begründet. 118

(aaa) Dass bei anderen Fahrzeugen, die mit einem 3.0 l-Motor der Beklagten ausgestattet sind, verschiedene Rückrufanordnungen des KBA wegen unzulässiger Abschalteneinrichtungen erfolgt sind, u. a. wegen einer als unzulässigen Abschalteneinrichtung gerügten manipulierten Aufheizstrategie, begründet keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass dies auch bei dem streitgegenständlichen Motorentyp der Fall ist. Das KBA veröffentlicht auf seiner Homepage Listen, in denen es alle Fahrzeugtypen, bei denen es unzulässige Abschalteneinrichtungen festgestellt hat, zusammenfasst und der Öffentlichkeit zugänglich macht. Diese Listen können unter dem Link 119

https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/abgasthematik_node.html eingesehen werden. Der Senat, der sich aufgrund einer Spezialzuständigkeit mit einer Vielzahl von sog. Abgasfällen befasst, geht davon aus, dass die von dem KBA veröffentlichte Liste den Stand der gegen die Beklagte erlassenen Rückrufbescheide zutreffend und vollständig wiedergibt. Das Fahrzeug des Klägers ist unstreitig nicht von einer Rückrufanordnung des KBA betroffen. Soweit der Kläger in erster Instanz noch Gegenteiliges vorgetragen hat, ist nach dem Vorbringen beider Parteien im Berufungsverfahren als unstreitig davon auszugehen, dass der Kläger seit dem Erwerb des Fahrzeugs vor mehr als zehn Jahren nie Adressat eines Rückrufschreibens der Beklagten aufgrund einer etwaigen Rückrufanordnung des KBA gewesen ist.

(bbb) Zwar muss ein behördliches Einschreiten, das ein gewichtiges Indiz für eine Manipulation darstellt, nicht zwingend vorliegen, um das Vorliegen „greifbarer Anhaltspunkte“ zu bejahen (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19 Rn. 8). Allerdings ist es dann erforderlich, dass entweder ein vergleichbarer Fahrzeugtyp zurückgerufen wurde oder anderweitige Erkenntnisse hinsichtlich vergleichbarer Fahrzeugtypen vorliegen, die auf eine unzulässige Abschalteneinrichtung hindeuten (Senat, Urteil vom 07.12.2020, 8 U 79/20; OLG Köln, Urteil vom 11.04.2019, 3 U 67/18 Rn. 22; OLG Stuttgart, Urteil vom 16.06.2020, 16a U 228/19 Rn. 91). Zu solchen Erkenntnissen hat der Kläger weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufungsinstantz etwas Substantielles vorgetragen. 120

(ccc) Aus der Liste des KBA ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass nahezu sämtliche betroffenen Fahrzeuge der Marken Audi, Porsche und Volkswagen, die mit Motoren ausgestattet sind, welche die Beklagte entwickelt und hergestellt hat, über die Euronorm 6 verfügen, während das Fahrzeug des Klägers der Euronorm 5 unterfällt. Die einzige Ausnahme bzgl. der Euronorm 5 bilden Fahrzeuge der Marke Audi mit 230 kW-Motoren („Bi-Turbo“) bzw. Fahrzeuge der Marke Porsche mit 281/283 kW-Motoren, die anders konfiguriert sind als das Fahrzeug des Klägers, dessen Motor laut Rechnung und Zulassungsbescheinigung Teil I nur über eine Leistung von 176 kW verfügt. Im Übrigen ergibt sich weder aus der Rückrufliste des KBA noch aus der im Schriftsatz des Klägers vom 13.10.2020 dargelegten Veröffentlichung des KBA vom 21.02.2020, dass es einen verpflichtenden Rückruf zur Entfernung unzulässiger Abschalteneinrichtungen für *alle* 121

Fahrzeuge der Modelle A6 und A7 – vorliegend indes: Q5 - der Baujahre 2010 bis 2015 gibt, die der Zulassung nach Euro 5-Norm unterfallen. Zu der Motorleistung der von dieser Rückrufanordnung betroffenen Fahrzeuge macht die in dem Schriftsatz abgedruckte Rückrufdatenbank ebenso wenige Angaben wie der Kläger.

(ddd) Bei den Motoren der Beklagten, welche die Euronorm 6 (plus) erfüllen, ist die Abgasnachbehandlung ebenfalls anders konzipiert als bei dem klägerischen Fahrzeug, so dass es von vornherein an der notwendigen Vergleichbarkeit fehlt. Dem Senat ist aus mehreren vor ihm geführten Berufungsverfahren (z.B. I-8 U 20/20 und I-8 U 43/20) bekannt und damit i.S.d. § 291 ZPO offenkundig, dass der entscheidende Konstruktionsunterschied darin liegt, dass die 3.0 I-Dieselmotoren der Beklagten, welche die Abgasnorm Euro 6 (plus) erfüllen, anders als das Fahrzeug des Klägers mit einem SCR-Katalysator und AdBlue-Tank ausgerüstet sind. 122

(eee) Der Hinweis des Klägers auf Diskrepanzen zwischen Stickoxidemissionen unter Prüfstandbedingungen und unter normalen Betriebsbedingungen auf der Straße stellt auch bezogen auf die vom Kläger behaupteten Softwareeinstellungen jenseits des Thermofensters keinen greifbaren Anhaltspunkt für eine gezielte Manipulation des Abgasverhaltens dar. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris, Rn. 23) genügt ein solcher Hinweis auf Diskrepanzen der Messwerte zwischen RDE und NEFZ als greifbarer Anhaltspunkt für Manipulationssoftware nicht. Denn für die Erlangung der Typgenehmigung nach der Euronorm 5 war allein die Einhaltung der Verbrauchs- und Grenzwerte im Rahmen des NEFZ maßgeblich. 123

(fff) Jedenfalls genügt der Vortrag des Klägers spätestens nach dem Inhalt der vom Senat vorsorglich eingeholten amtlichen Auskunft des KBA vom 17.03.2021 nicht mehr zur Substantiierung einer manipulierten Aufheizstrategie als unzulässiger, in sittenwidriger Schädigungsabsicht verbauter Abschalteinrichtung. Das KBA hat in der Auskunft mitgeteilt, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Motor um einen solchen der internen Bezeichnung EA896 Gen 1 handeln könnte. Soweit das KBA zur Absicherung darauf verweist, dass eine genaue Auskunft nur der Hersteller – also die Beklagte – geben könnte, ist dem Senat mittlerweile aus einer Vielzahl von Verfahren gerichtsbekannt i.S.d. § 291 ZPO, dass in der ersten Hälfte des Jahres 2011 verbaute Audi-3.0-I-Diesel-Motoren der Euronorm 5 jedenfalls nicht der Generation mit der internen Bezeichnung EA897 angehören, die mit SCR-Katalysatoren mit AdBlue-Tank ausgestattet sind. Das KBA teilt weiter mit, dass das streitgegenständliche Fahrzeug (das jedenfalls der EA896-Generation angehört und unstreitig kein sog. Euronorm 6-„Vorerfüller“ ist) oder ein vergleichbares Fahrzeug bisher nicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen geprüft worden seien und eine Untersuchung bislang auch nicht in Planung sei. Dem Senat sind zwar aus anderen Verfahren Auskünfte des KBA bekannt, wonach 3.0 I-Euro 5-Motoren der Beklagten sehr wohl untersucht wurden, ohne dass unzulässige Abschalteinrichtungen gerügt wurden. Dies kann jedoch dahinstehen, da die vom Senat eingeholte Auskunft des KBA jedenfalls nicht ergeben hat, dass dem Fahrzeug des Klägers vergleichbare Fahrzeug- und Motortypen – wie vom Kläger behauptet – Gegenstand einer Rückrufanordnung des KBA waren. Es fehlt danach weiterhin an konkretem Sachvortrag für greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Abschalteinrichtungen. Elf Jahre nach dem Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs und 10 ½ Jahre nach dessen Auslieferung ist ernsthaft mit einer Rückrufanordnung in Bezug auf den seit Jahren nicht mehr produzierten Motortyp nicht zu rechnen, so dass objektiv die Gefahr der Betriebseinschränkung oder -untersagung nie bestanden hat. 124

(bb) Unzulässige Prüfstanderkennungsoftware 125

Ebenso begründet der in beiden Instanzen gehaltene Vortrag zu einer Prüfstanderkennung (Lenkwinkel-/Fahrkurvenerkennung, Temperatursensor, Zeiterfassung, OBD-System), die lediglich dazu dienen soll, dass zum Zwecke des Einschaltens der eigentlichen Abschalteneinrichtungssoftware die auf dem NEFZ-Prüfstand anderen Bedingungen als im normalen Fahrbetrieb vom Fahrzeug erkannt werden, für sich genommen nicht den Vorwurf einer objektiv sittenwidrigen unzulässigen Abschalteneinrichtung. Für die behauptete Manipulation des OBD-Systems legt der Kläger keine greifbaren Anhaltspunkte dar. Der Kläger äußert insoweit nur Vermutungen, die nicht durch konkrete Tatsachen untermauert sind und die Gesetzeslage nicht hinreichend berücksichtigen. Nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) 692/2008 ist das OBD-System so ausgelegt, gebaut und im Fahrzeug installiert, dass es in der Lage ist, während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs bestimmte Arten von Verschlechterungen oder Fehlfunktionen zu erkennen. Nach Art. 4 Abs. 4 Satz 2 VO (EG) 692/2008 kann die OBD-Fehlfunktionsanzeige im Verlauf der Prüfung auch dann aktiviert werden, wenn die Emissionen unterhalb der OBD-Schwellenwerte gemäß Anhang XI liegen. Hieraus lassen sich aber – ebenso wie aus den Grenzwertüberschreitungen im realen Fahrbetrieb – keine Rückschlüsse auf einen bewussten Gesetzesverstoß ziehen. Abgesehen davon wäre das OBD-System ebenso wie die anderen o. g. Softwareelemente zur Prüfstanderkennung auch nach dem Klägervortrag nur dazu geeignet, die Fahrsituationen zu erfassen und zu differenzieren, in denen die eigentliche Abschalteneinrichtungssoftware zum Einsatz kommen würde. Letztere ist aber aus den obigen Gründen bzgl. der manipulierten Aufheizstrategie schon nicht hinreichend substantiiert dargelegt. 126

Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht aus der vom Kläger im Schriftsatz vom 13.10.2020 in Bezug genommenen Veröffentlichung des KBA vom 02.12.2019 über eine Rückrufaktion von Pkw der Marke Audi A7 und A8 – nicht Q5, wie das vorliegende Fahrzeug – der Baujahre 2009 bis 2014 wegen „Entfernung unzulässiger Abschalteneinrichtungen bzw. der unzulässigen Reduzierung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems (Lenkwinkelerkennung).“ Auch insoweit fehlt es bis zuletzt an konkretem Vortrag des Klägers dazu, inwieweit die Konfigurationen des Motors seines Fahrzeugs (Leistung, Motorkennbuchstabe usw.) mit denjenigen der veröffentlichten Rückrufaktion konkret vergleichbar sein sollen. Zudem handelt es sich nach dem substantiierten Bestreiten der Beklagten, dem der Kläger nicht seinerseits mit vergleichbarer Substanz entgegengetreten ist, nicht um einen Rückruf aufgrund unzulässiger, auf das Emissionskontrollsystem einwirkender Abschalteneinrichtungen, sondern in Bezug auf bestimmte Ausführungen (Motorisierung, Karosserieform oder sonstige Ausstattungsmerkmale. 127

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Feststellungen lässt der Senat alle anderen in Streit stehenden Fragen, insbesondere die Kausalität, die objektive und subjektive Zurechnung von Organ-/Repräsentantenhandeln zur Beklagten gem. § 31 BGB analog einschließlich der etwaigen sekundären Darlegungslast, den Vorsatz und den ersatzfähigen Schaden offen. 128

bb) Keine Ansprüche aus anderweitigen Anspruchsgrundlagen 129

Der von dem Kläger in der Hauptsache geltend gemachte Schadensersatzanspruch ist auch nicht aus anderweitigen Anspruchsgrundlagen begründet. 130

(1) Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 BGB 131

Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung (Urteile vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, VII ZR 286/20, VII ZR 321/20 und VII ZR 322/20, jeweils juris) scheiden vertragliche oder vertragsähnliche Ansprüche mangels entsprechender Rechtsbeziehungen zwischen den jeweiligen Klägern als Pkw-Käufern und dem jeweiligen Pkw-Hersteller aus. 132

(2) Anspruch aus §§ 831 Abs. 1, 249 ff. BGB	133
Ein Anspruch aus §§ 831 Abs. 1, 249 ff. BGB kommt bezogen auf Mitarbeiter unterhalb der Vorstandsebene als Verrichtungsgehilfen der Beklagten aus den gleichen tatsächlichen Gründen wie ein solcher aus §§ 826, 31, 249 ff. BGB nicht in Betracht.	134
(3) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Schutzgesetz	135
Ansprüche aus weiteren Anspruchsgrundlagen scheiden bereits aus Rechtsgründen aus, so dass es auch in diesem Zusammenhang nicht auf das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltanlage ankommt.	136
(a) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB, 31 BGB	137
Eine Haftung scheidet mangels stoffgleichen Vermögensschadens aus, denn es besteht keine Stoffgleichheit einer etwaigen Vermögenseinbuße des Klägers mit den denkbaren Vermögensvorteilen, die ein verfassungsmäßiger Vertreter der Beklagten (§ 31 BGB) für sich oder einen Dritten erstrebt haben könnte (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, juris, Rn. 18 ff., 24).	138
(b) § 823 BGB Abs. 2 i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV	139
Die genannten Vorschriften stellen bereits kein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB dar, da das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, nicht im Aufgabenbereich der genannten Vorschriften liegt (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris, Rn. 72 ff., 76 und Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, juris, Rn. 11).	140
(c) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 VO (EG) 715/2007	141
Das gleiche gilt – höchststrichterlich geklärt – auch für diese Anspruchsgrundlage (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, juris, Rn. 12). Da der Bundesgerichtshof es für die Klärung dieser Fragen nicht als erforderlich angesehen hat, diese zunächst gem. Art. 267 AEUV dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen, hat auch der Senat keinen Anlass, dies zu tun.	142
(d) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. wettbewerbsrechtlichen Vorschriften	143
Zwar sind die vom Kläger genannten Wettbewerbsnormen (§ 4 UWG a. F., § 16 UWG) drittschützend. Einen Verstoß der Beklagten gegen den Tatbestand einer dieser konkreten wettbewerbsrechtlichen Vorschriften hat der Kläger indes in tatsächlicher Hinsicht bereits nicht substantiiert dargelegt.	144
b) Nebenforderungen	145
Mangels Hauptanspruchs sind auch die im Berufungsverfahren noch streitgegenständlichen Nebenansprüche unbegründet.	146
III.	147
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 2 ZPO. Die letztgenannte Norm greift auch für die Entscheidungen des Berufungsgerichts und der ersten Instanz, wenn eine Berufung durch Urteil nach Lage der Akten gem. § 331a ZPO zurückgewiesen wird (vgl. Herget, in: Zöller,	148

a.a.O., § 708 Rn. 4).

Der Senat sieht keinen Anlass, die Revision gem. § 543 Abs. 1 u. 2 ZPO zuzulassen, 149
nachdem die wesentlichen Grundsätze zur Haftung in Verfahren wie dem Vorliegenden durch
die zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs höchstrichterlich geklärt sind.
