
Datum: 26.09.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 U 43/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:0926.3U43.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 2 O 10/18

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 21.02.2019 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln – Az. 2 O 10/18 – wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieser Beschluss und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger kaufte in der Kölner Niederlassung der Beklagten am 06.06.2016 den im Klageantrag näher bezeichneten Gebrauchtwagen zu einem Kaufpreis von 29.990 Euro (vgl. die als Anlage K13 vorgelegte Auftragsbestätigung, Bl. 90 d.A.). Den Kaufpreis finanzierte er durch ein Darlehen bei der A Bank (vgl. Darlehensvertrag vom 06.06.2016, Anlage K14, Bl. 95 d.A.). Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 01.07.2016 übergeben. Bei dem Motor des streitbefangenen Fahrzeugs handelt es sich um einen Dieselmotor des Typs OM 651. Für das Fahrzeug wurde eine Typengenehmigung erteilt, die bislang vom Kraftfahrt-Bundesamt [im Folgenden: KBA] nicht widerrufen wurde. Für das streitgegenständliche Fahrzeug wird von der Beklagten eine als solche bezeichnete „freiwillige Kundendienstmaßnahme zum

1

2

3

Diesel Software-Update“ angeboten.

Mit Schreiben vom 21.11.2017 forderten die Prozessbevollmächtigten des Klägers die Beklagte zur Erstattung der vom Kläger gezahlten Anzahlung und der bisher gezahlten Darlehensraten abzüglich der nach den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Übergabe und Übertragung des Anwartschaftsrechts am streitgegenständlichen Fahrzeug unter Fristsetzung bis zum 05.12.2017 auf.

4

Der Kläger verfolgt mit der Klage die vorprozessual geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte weiter. Er hat die Ansicht vertreten, Ansprüche gegen die Beklagte sowohl aus Kaufgewährleistungsrecht als auch aus Deliktsrecht zu haben. Hierzu hat er behauptet, der Motor des streitbefangenen Fahrzeugs sei mit einer Steuerungssoftware ausgestaltet, die die Vornahme eines Emissionstests erkenne und lediglich in diesem Fall das volle Emissionskontrollsystem des Fahrzeuges aktiviere. Hierdurch würden auf dem Prüfstand geringere Stickoxidwerte erzielt und auch nur dann die gesetzlich vorgegebenen NOx-Grenzwerte eingehalten. Als Beleg hierfür hat der Kläger auf Testberichte Bezug genommen, die die Überschreitung der Grenzwerte im Realbetrieb durch diverse Diesel-Fahrzeuge der Beklagten zum Inhalt haben. Darüber hinaus hat er moniert, dass der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandene AdBlue-Tank zu gering dimensioniert sei und bei weitem nicht über die Kapazität verfüge, die Abgase zwischen den Inspektionsintervallen ausreichend sauber reinigen zu können. Der Motor des streitgegenständlichen Fahrzeuges weise zudem ein sog. „Thermofenster“ auf. Auch dieses hat der Kläger auf die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zurückgeführt und die Ansicht vertreten, es sei an der Beklagten, im Rahmen der sie treffenden sekundären Darlegungslast zu den Einzelheiten der Motorsteuerung näher vorzutragen. Er hat weiter behauptet, der Vorstand der Beklagten habe Kenntnis von der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in dem streitgegenständlichen Fahrzeug gehabt. Ihm sei auch ein Schaden entstanden. Sein Fahrzeug habe einen Wertverlust erlitten. Darüber hinaus sei es ihm gerade auf den Erwerb eines besonders umweltfreundlichen Fahrzeugs angekommen.

5

Der Kläger hat beantragt, 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.694,20 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 301,36 Euro sowie weiterer Zinsen in Höhe von 4 Prozent pro Jahr aus 8.687,22 Euro seit dem 10.01.2018 zu zahlen und ihn von Verbindlichkeiten gegenüber der A Bank AG, B 7, C in Höhe von derzeit 24.574,50 Euro freizustellen Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs A C 220 d mit der Fahrzeugidentifikationsnummer: D und Übertragung des Anwartschaftsrechts auf Übereignung des Fahrzeugs A C 220 d mit der Fahrzeugidentifikationsnummer: D; 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Ziffer 1 genannten Fahrzeuges seit dem 06.12.2017 in Annahmeverzug befindet; 3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.872,35 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

6

Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten und hat ihre Abweisung beantragt. Sie hat mit Rücksicht auf die erfolgte Finanzierung des streitgegenständlichen Fahrzeuges die Aktivlegitimation des Klägers bestritten, ferner, eine Prüferkennungssoftware in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut zu haben. Sie hat behauptet, bei gleichen Betriebsbedingungen verhalte sich das System auf dem Prüfstand genauso wie auf der Straße. Die Abhängigkeit der Abgasreinigung von einer Vielzahl von Parametern, darunter auch thermischen Gegebenheiten sei durch technische Erfordernisse bedingt. Das klägerische Fahrzeug entspreche in seinem Abgasverhalten den Vorgaben der Euro-6-Norm und weise auch im übrigen keine unzulässige Abschaltvorrichtung auf. Die Beklagte hat

7

darüber hinaus das Fehlen einer Fristsetzung zur Nacherfüllung gerügt und gestützt auf ihre Gebrauchtfahrzeug-Verkaufsbedingungen die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage mit am 21.02.2019 verkündeten und dem Kläger am 22.02.2019 zugestellten Urteil – Az. 2 O 10/18 – abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dem Kläger stünden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte zu. Er habe die Mangelhaftigkeit des streitgegenständlichen Fahrzeuges nicht mit Substanz dargetan. Eine solche liege nicht bereits darin, dass die für den Prüfstand vorgegebenen Grenzwerte im Realbetrieb möglicherweise nicht erreicht würden. Dies sei vielmehr der gesetzgeberischen Entscheidung geschuldet, keine Abgastests unter normalen Bedingungen vorzuschreiben, sondern solche anhand von „künstlichen“ Fahrzyklen. Zwar sei der Einsatz einer Manipulationssoftware in der Motorsteuerung eines Fahrzeuges in rechtlicher Hinsicht als Sachmangel zu qualifizieren. Insoweit fehle es indes an hinreichendem Vortrag des Klägers, dass eine solche bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug zum Einsatz gekommen sei. Dies mutmaße der Kläger lediglich. Die von ihm als Begründung hierfür herangezogenen Grenzwertüberschreitungen in den vorgelegten Tests seien nicht hinreichend aussagekräftig. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen. 8

Hiergegen richtet sich die am 19.03.2019 bei Gericht eingegangene und am 23.04.2019 (Osterdienstag) begründete Berufung des Klägers. Mit dieser verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Klageziel in vollem Umfang weiter. Er wiederholt unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens die Behauptung, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug seien unzulässige Abschalteneinrichtungen verbaut. Insbesondere das auch im streitgegenständlichen Fahrzeug zu beobachtende sog. „Thermofenster“ stelle eine solche dar bzw. sei auf eine solche zurückzuführen. Der Kläger ist der Ansicht, aufgrund des in der einschlägigen EG-VO Nr. 715/2007 normierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses sei es an der Beklagten, die Zulässigkeit desselben darzutun. Darüber hinaus komme nach neuesten Erkenntnissen im streitgegenständlichen Fahrzeug eine sog. „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ zum Einsatz. Auch dies stelle eine unzulässige Abschalteneinrichtung dar. Schließlich zeige auch der Umstand, dass das streitgegenständliche Fahrzeug Teil einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme der Beklagten sei, seine Mangelhaftigkeit. Hierzu behauptet der Kläger, bei dieser Maßnahme handele es sich um einen freiwilligen Rückruf auf der Grundlage des ProdSG, der nur dann erfolge, wenn ein Produkt den Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen anwendbarer Rechtsverordnungen nicht entspreche oder die Sicherheit und Gesundheit der Verwender gefährdet sei. Er ist der Auffassung, hinreichend zu dem Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung vorgetragen zu haben und rügt die unterlassene Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das Landgericht. Er hält ferner auch die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung für erfüllt. Mit Schriftsatz vom 05.09.2019 ergänzt und korrigiert der Kläger seinen Vortrag in Bezug auf die Testberichte über Grenzwertüberschreitungen im Realbetrieb. 9

Der Kläger beantragt, 10

unter Abänderung des am 21.02.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln, Az. 2 O 10/18 11

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei 1.759,82 € sowie Zinsen in Höhe von 915,04 € nebst weiterer Zinsen aus 14.676,57 € in Höhe von 4 Prozent pro Jahr seit dem 01.05.2019 zu zahlen, und die Klagepartei von den aktuell noch 113

bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber der A Bank AG in Höhe von derzeit noch 18.584,95 € freizustellen, Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeuges A C 220 d mit der Fahrzeugidentifikationsnummer D und Übertragung des der Klagepartei gegenüber der A Bank AG zustehenden Anwartschaftsrechts auf Übereignung des vorstehend bezeichneten Fahrzeuges,

- 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Ziffer 1. genannten Fahrzeuges seit dem 06.12.2017 in Annahmeverzug befindet, 14
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an die E Rechtsschutz Leistungs-GmbH, F 2, G zur Schadennummer: H vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.972,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten. 15

Die Beklagte beantragt, 16

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen. 17

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil nach Maßgabe der Berufungserwiderung und bestreitet die Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug, auch in Form der „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“. Sie bestreitet ferner, dass es sich bei der freiwilligen Kundendienstmaßnahme um einen freiwilligen Rückruf nach dem ProdSG handelt, und behauptet, diese sei vielmehr Teil der von der Beklagten beim Dieselpfiffel im Jahr 2017 zugesagten Maßnahmen zur Verbesserung des Emissionsverhaltens älterer Fahrzeuge. 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die im Berufungsverfahren zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie die zu den Akten gereichten Urkunden Bezug genommen. 19

II. 20

Die Berufung des Klägers war gem. § 522 II ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, weil das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 522 II 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 I ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 I ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 522 II 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 II 1 Nr. 4 ZPO). 21

Der Kläger ist auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür mit Beschluss des Senats vom 30.07.2019 (Bl. 521 ff. d.A.) hingewiesen worden. Er hat innerhalb der ihm gesetzten und verlängerten Frist Stellung mit Schriftsatz vom 05.09.2019 genommen. Auch unter Berücksichtigung dieser Stellungnahme hält der Senat an seinen im vorgenannten Beschluss geäußerten Erwägungen, auf die Bezug genommen wird, fest. Die Stellungnahme des Klägers gibt lediglich Veranlassung für folgende ergänzende Ausführungen: 22

1. 23

24

Hinsichtlich der weiteren Ausführungen des Klägers zur rechtlichen Bedeutung der klägerseits behaupteten Überschreitung der Grenzwerte im Normalbetrieb durch das streitgegenständliche Fahrzeug für die Annahme eines Sachmangels (vgl. Ziffer I des Schriftsatzes vom 05.09.2019), erschöpft sich seine Stellungnahme in der Wiederholung seiner Argumentation, ohne neue Gesichtspunkte aufzuzeigen, die der Senat nicht bereits bei der Abfassung seines Hinweisbeschlusses vom 30.07.2019 bedacht hat. Auch nach nochmaliger Überprüfung hält der Senat vollumfänglich an seinen im vorgenannten Beschluss getätigten Ausführungen (dort Seiten 3 f., Bl. 522 f. d.A.) fest.

2.

25

Soweit der Kläger seinen bisherigen Vortrag zur Überschreitung der Grenzwerte im Normalbetrieb durch das konkret in Rede stehende streitgegenständliche Fahrzeug auf den Hinweis des Senates hin ergänzt und nunmehr offenbar behaupten will, das streitgegenständliche Fahrzeug sei von der TNO getestet worden und die als Anlage K 9 auszugsweise vorgelegten Testergebnisse beträfen den konkreten streitgegenständliche Fahrzeugtyp und das konkrete streitgegenständliche Fahrzeugmodell, war für den Senat angesichts der in der Klageschrift gewählten – mit Schriftsatz vom 05.09.2019 nunmehr korrigierten – Bezeichnung des getesteten Fahrzeugmodells bislang nicht ersichtlich, dass diese Behauptung aufgestellt werden sollte. Entsprechend hat der Senat sich im Hinweisbeschluss geäußert. Soweit diese Behauptung nunmehr offenbar erhoben werden soll, ist dies verspätet und nicht mehr zuzulassen. Die Identität des streitgegenständlichen Fahrzeuges mit dem von der TNO getesteten ist von der Beklagten bereits in der Klageerwiderung in Abrede gestellt worden (vgl. Seite 2 der Klageerwiderung, Bl. 158 f. d.A.). Sie lässt sich auch aus dem klägerseits in Bezug genommenen und als Anlage K 9 auszugsweise zu den Akten gereichten Bericht der TNO (Bl. 74 d.A.) nicht ersehen. Dort ist lediglich die Rede von dem „vehicle M 1“, ohne dass dieser Begriff näher erläutert würde. Der Kläger hat seinerseits das frühe Bestreiten der Beklagten auch nicht zum Anlass genommen, die gewählte Bezeichnung in der Klageschrift richtig zu stellen, weitere Teile des in Bezug genommenen TNO-Berichts vorzulegen oder tauglichen Beweis für die Identität des getesteten mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug anzutreten. Stattdessen hat er sich im Schriftsatz vom 11.06.2018 (Bl. 178 d.A.) darauf beschränkt, vage darauf hinzuweisen, dass er aufgrund der in der Klageschrift dargelegten Presseberichte und Prüfberichte u.a. der TNO davon ausgehen müsse, dass auch sein Fahrzeug betroffen sei. Immerhin gehe aus diversen Tests hervor, dass der Motor OM 642 – der bereits nicht streitgegenständlich ist – regelmäßig einen deutlichen Überschuss an NOx-Werten aufweise. Dieser Vortrag kann zum jetzigen Zeitpunkt in der gegebenen Prozesslage nicht mehr nachgeholt werden. Vielmehr ist der Kläger mit diesem neuen Vorbringen außerhalb der Berufungsbegründungsfrist gemäß §§ 530, 531 II ZPO ausgeschlossen. Gleiches gilt hinsichtlich der nunmehrigen Vorlage der – zudem nicht lesbaren – Anlage BK 1, aus der sich nach den Behauptungen des Klägers eine Testung gerade des streitgegenständlichen Fahrzeuges durch die Deutsche Umwelthilfe ergeben soll. Es ist nicht ersichtlich, warum – wenn die Behauptung des Klägers im Schriftsatz vom 05.09.2019 zutreffen sollte – in 1. Instanz stattdessen lediglich der Testbericht der Deutschen Umwelthilfe betreffend ein Fahrzeug mit einem Motor OM 642 (nach den Behauptungen des Klägers) vorgelegt worden ist, obwohl die Beklagte auch insoweit in der Klageerwiderung darauf hingewiesen hatte, dass dieser Test im Hinblick auf das streitgegenständliche Fahrzeug nicht aussagekräftig sei (vgl. Seite 2 der Klageerwiderung, Bl. 158 d.A.). Hinsichtlich der weiteren Ausführungen des Klägers betreffend das Fahrzeugmodell GLK 200 vermag der Senat wiederum einen konkreten Bezug zu dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp und –modell nicht herzustellen. Mit Rücksicht hierauf vermag die Stellungnahme des Klägers vom 05.09.2019 die Bedenken des Senates

26

im Hinblick auf die fehlende Substanz des klägerischen Vortrages nicht auszuräumen. Ergänzend ist aus Sicht des Senates erneut darauf hinzuweisen, dass allein eine Überschreitung der für den Prüfstand festgelegten Grenzwerte durch das streitgegenständliche Fahrzeug im Normalbetrieb für die substantiierte Darlegung eines Sachmangels nicht ausreichend wäre. Denn die bloße Grenzwertüberschreitung an sich – auch daran hält der Senat fest – begründet keinen Sachmangel des Fahrzeuges. Allenfalls vermag sie im Einzelfall bei einer – vorliegend nach den vorstehenden Erwägungen fehlenden – konkreten und substantiierten Darlegung einer sehr erheblichen und durch technische Gegebenheiten nicht ohne weiteres zu erklärenden Überschreitung der Grenzwerte eine Indizwirkung für die Verwendung einer in ihren Wirkungen sehr weitgehenden Abschaltvorrichtung in dem betreffenden Fahrzeug zu entfalten, die vor dem Hintergrund der EG-VO Nr. 715/2007 der besonderen Rechtfertigung bedurfte. Der in prozessualer Hinsicht der Entscheidung zugrunde zu legende Sachvortrag des Klägers zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug kann indes aus den Erwägungen des Beschlusses vom 30.07.2019 nicht als ausreichend angesehen werden, um eine solche Indizwirkung zu begründen. Dies gilt auch und insbesondere für das von dem Kläger auch in seinem Schriftsatz vom 05.09.2019 erneut thematisierte sog. „Thermofenster“, zu dem sich der Senat ebenfalls bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 30.07.2019 (dort Seiten 10/11, Bl. 525R d.A.) ausführlich geäußert hat. Den dortigen Erwägungen ist aus Sicht des Senates nichts hinzuzufügen. Denn auch insoweit enthält die Stellungnahme des Klägers in tatsächlicher Hinsicht keine neuen Gesichtspunkte. Sie lässt darüber hinaus auch eine Auseinandersetzung mit diesen Erwägungen in Gänze vermissen.

3.

27

Soweit der Kläger in dem Schriftsatz vom 05.09.2019 erneut auf die „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ eingeht, vermag sich der Senat der dort geäußerten Auffassung, die Beklagte habe das Vorhandensein dieser Software in dem streitgegenständlichen Fahrzeug nicht bestritten, nicht anzuschließen. Die Ausführungen der Beklagten in den Randziffern 16 und 17 der Berufungserwiderung (Bl. 488 f. d.A.) können im Gesamtzusammenhang aus Sicht des Senates nicht anders verstanden werden als ein Bestreiten des – von dem Kläger in der Berufungserwiderung auch aus Sicht des Senates allenfalls implizit behaupteten – Vorhandenseins der Software im streitgegenständlichen Fahrzeug. Auf letzteres hat auch die Beklagte in der erwähnten Passage der Berufungserwiderung (Randziffer 16, Bl. 488 d.A.) zutreffend hingewiesen. Der Vortrag des Klägers hierzu beschränkt sich sowohl in der Berufungsbegründung als auch im Schriftsatz vom 05.09.2019 auf allgemeine Erwägungen, denen die Beklagte in der Berufungserwiderung gleichermaßen allgemein entgegen getreten ist. Dass die Beklagte ihren Vortrag indes als Bestreiten des Vorhandenseins der Software im streitgegenständlichen Fahrzeug verstanden wissen wollte, daran kann aus Sicht des Senates nicht gezweifelt werden.

28

4.

29

Auch im Hinblick auf die – den Schwerpunkt des Schriftsatzes vom 05.09.2019 bildenden – Erwägungen des Klägers zur Darlegungs- und Beweislastverteilung, insbesondere zur sekundären Darlegungslast der Beklagten, hält der Senat nach nochmaliger Überprüfung der im Hinweisbeschluss vom 30.07.2019 zum Ausdruck gekommenen Erwägungen und nochmaliger Beratung an der dort geäußerten Rechtsauffassung (vgl. Seiten 9 und 12 f., Bl. 525, 526R f. d.A.) in vollem Umfang fest. Insoweit verbleibt es aus Sicht des Senates im Ansatz bei der sich nach allgemeinen Grundsätzen ergebenden Darlegungs- und

30

Beweislastverteilung, nach der es im – vorliegend einschlägigen – Kaufvertragsrecht an dem Käufer ist, den Gewährleistungsrechte auslösenden Sachmangel darzutun und im Bestreitensfall zu beweisen und im – vorliegend ebenfalls einschlägigen – Deliktsrecht an dem Geschädigten, diejenigen Umstände darzulegen und zu beweisen, die ein Schadensersatzansprüche auslösendes strafbares Verhalten des Schädigers, respektive den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung begründen. Davon ist aus Sicht des Senates im Ansatz auszugehen. Als anspruchsbegründender Sachmangel kommt allein das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug in Betracht, als zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung der Beklagten das bewusste und willentliche Inverkehrbringen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten streitgegenständlichen Fahrzeuges. Soweit der Kläger meint, der Senat weiche insoweit von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ab, missversteht er die Ausführungen des Senates im Hinweisbeschluss vom 30.07.2019. Der Senat hat keineswegs gemeint, ein Sachmangel liege erst bei einer drohenden Betriebsuntersagung durch die zuständigen Behörden vor. Vielmehr geht der Senat im Einklang mit dem Bundesgerichtshof davon aus, dass bereits das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung unabhängig von einer bereits erfolgten, konkret bevorstehenden oder sich auch nur ankündigenden Betriebsuntersagung durch die zuständigen Behörden einen Sachmangel des Fahrzeuges begründet. Denn ihr bloßes Vorhandensein begründet mit Rücksicht auf den nicht gesetzeskonformen Zustand des Fahrzeuges per se die Gefahr einer Betriebsuntersagung unabhängig davon, ob er behördlicherseits zum Anlass für entsprechende Maßnahmen genommen wird. Dies vermag aus Sicht des Senates indes nichts daran zu ändern, dass es an dem Kläger ist, im Rahmen der ihm originär obliegenden Darlegungslast nicht nur konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein irgendeiner Abschalteinrichtung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug aufzuzeigen. Er muss vielmehr zugleich auch konkrete Anhaltspunkte dafür dartun, dass es sich dabei um eine *unzulässige* Abschalteinrichtung handelt. Erst wenn hierfür mit einiger Substanz konkrete Umstände vorgetragen worden sind, ist es an der Beklagten, im Rahmen der sie dann treffenden sekundären Darlegungslast zu den nur ihr bekannten technischen Einzelheiten der Motorsteuerung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug konkret vorzutragen. In diesem Zusammenhang vermag sich der Senat auch der klägerseits vertretenen Auffassung nicht anzuschließen, mit Rücksicht auf das in der einschlägigen – nicht das Verhältnis des Endkunden zum Hersteller oder gar zum Verkäufer des Fahrzeuges betreffenden – EG-VO Nr. 715/2007 angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis sei es stets an dem Hersteller, respektive dem (regelmäßig ebenfalls außerhalb des Herstellungsprozesses stehenden) Verkäufer, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast zu den Einzelheiten der jeweils in Rede stehenden Motorsteuerungen vorzutragen, weil der Käufer hierzu entschuldbar nicht in der Lage sei. Berücksichtigt man insoweit, dass nach der zusammenfassenden Bewertung der Untersuchungskommission „Volkswagen“ (vgl. Seite 119 des Abschlussberichts) alle Hersteller in ihren Fahrzeugen Abschalteinrichtungen gemäß der Definition in Art. 3 der EG-VO Nr. 715/2007 verwenden, würde diese Auffassung in der Konsequenz dazu führen, dass alle Fahrzeughersteller gleichsam unter einen Generalverdacht gestellt würden, ihre Fahrzeuge mit unzulässigen Abschalteinrichtungen auszustatten, von dem sie sich erst unter weitgehender Preisgabe von als Geschäftsgeheimnisse einzustufenden Informationen entlasten müssten. Dies aber erscheint dem Senat in Fällen wie dem vorliegenden, in dem es an einer Darlegung konkreter belastbarer Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung in Gänze fehlt, weder sachgerecht noch angemessen. Dies gilt umso mehr, wenn – wie vorliegend im Hinblick auf das sog. „Thermofenster“ – die Zulässigkeit der von dem Kläger beanstandeten Abschalteinrichtung bereits Gegenstand einer Prüfung und Bewertung durch die zuständigen Behörden war und diese Prüfung und Bewertung in Kenntnis der konkreten

Funktionsweise der Motorsteuerung gerade nicht zu einer Beanstandung geführt hat. In diesem Sinne muss man dem Verhalten der zuständigen Behörden aus Sicht des Senates eine Indizwirkung in beide Richtungen zubilligen: im Falle eines Eingreifens für die Unzulässigkeit der in Rede stehenden Abschalteinrichtung, im Falle eines bewussten Absehens von einem Eingreifen für ihre Zulässigkeit. Allein dies wollte der Senat mit dem Verweis auf die fehlende Beanstandung durch die zuständigen Behörden in seinem Hinweisbeschluss vom 30.07.2019 (vgl. dort Seite 11, Bl. 526 d.A.) zum Ausdruck bringen. Diese Indizwirkung kann aber nicht ohne Auswirkungen auf die prozessualen Anforderungen an die Substanz des Sachvortrags bleiben. Genügt im Falle eines behördlichen Eingreifens regelhaft der Verweis hierauf zur schlüssigen Darlegung des Sachmangels, muss man im Falle eines bewussten Absehens von einem Eingreifen mehr fordern als den bloßen Verweis darauf, dass das Emissionsverhalten des in Rede stehenden Fahrzeuges unstreitig in Abhängigkeit von diversen Faktoren wie u.a. der Außentemperatur, dem Betriebszustand, der Betriebstemperatur und den Betriebsbedingungen sowie der Drehzahl steht. Auch bedarf es mehr als eines bloßen Verweises auf eine freiwillige Kundendienstmaßnahme, deren Anlass und Rechtsgrund zwischen den Parteien streitig ist. Auf eben diese beiden Punkte reduziert sich der Klägervortrag im vorliegenden Rechtsstreit aber letzten Endes, nachdem sich alle übrigen angeführten Gesichtspunkte aus den Erwägungen des Hinweisbeschlusses als nicht tragfähig erwiesen haben. Dies hält der Senat in dieser Allgemeinheit und bar jeden konkreten Vortrags bezogen auf das streitgegenständliche Fahrzeug aber aus den im Hinweisbeschluss genannten Gründen nach wie vor in prozessualer Hinsicht nicht für ausreichend, um auch nur hinreichenden Anhalt für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu geben. Der Senat hält insoweit an der bereits im Hinweisbeschluss vom 30.07.2019 geäußerten Rechtsauffassung fest, dass die Grundsätze der sekundären Darlegungslast nicht dazu gedacht sind, die originär darlegungsbelastete Partei gleichsam von dem Erfordernis jeglichen schlüssigen Sachvortrags zu entbinden. Dem käme ihre Anwendung im vorliegenden Fall aber gleich.

5. 31

Ist bereits ein Sachmangel, respektive das Inverkehrbringen eines mit einem Sachmangel behafteten Fahrzeuges klägerseits nicht schlüssig dargetan, kommt es auf die weiteren Ausführungen des Klägers zur Ungeeignetheit etwaiger Rechtfertigungsgründe der Beklagten nicht mehr entscheidend an. Eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Ausführungen des Klägers ist daher nicht veranlasst. Auch die Relevanz des neuen Klägervortrages zu etwaigen unvollständigen Angaben der Beklagten im Antragsverfahren erschließt sich dem Senat nicht. Einen Sachmangel vermag dieser – außerhalb des Fahrzeuges liegende – Umstand nicht zu begründen. Soweit der Kläger diesen Vortrag offenbar mit Rücksicht auf die subjektiven Voraussetzungen der in Betracht kommenden deliktischen Anspruchsgrundlagen verstanden wissen will, ist dies mit Rücksicht auf das Fehlen einer schlüssigen Darlegung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen ebenfalls rechtlich nicht relevant.

6. 33

Schließlich vermag der Senat auch nicht zu erkennen, dass den sich vorliegend stellenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Darlegungs- und Beweislastverteilung sowie den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast eine grundsätzliche Bedeutung zukäme, die einem Vorgehen gemäß § 522 II ZPO entgegenstünde und eine mündliche Verhandlung, respektive die Zulassung der Revision, gebieten würde. Denn die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislastverteilung entsprechen ebenso gefestigter höchstrichterlicher

Rechtsprechung wie die im Hinweisbeschluss skizzierten Grundsätze der sekundären Darlegungslast (dort Seiten 12 f., Bl. 526 f. d.A.). Hier wie auch in den anderen Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Diesel-Abgasskandal als problematisch anzusehen sind nicht die Grundsätze an sich, sondern lediglich die Subsumtion der jeweils in Rede stehenden Sachverhalte und Sachvorträge unter sie. In diesem Zusammenhang ist es aber jeweils eine Frage des Einzelfalles, ob der jeweilige konkrete Sachvortrag abseits der bloß allgemeinen Erwägungen und Darlegungen der Erkenntnisse rund um den Diesel-Abgasskandal und abseits des stets anklingenden Generalverdachts belastbare Hinweise dafür aufzeigt, das gerade auch in dem konkreten jeweils in Rede stehenden Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut ist und dadurch eine sekundäre Darlegungslast der Gegenseite ausgelöst wird. Dabei handelt es sich aber – anders als der Kläger meint – nicht um eine Frage, die abstrakt und generell für sämtliche der vorgenannten Rechtsstreitigkeiten losgelöst vom jeweiligen Akteninhalt in gleicher Weise beantwortet werden kann. Vielmehr handelt es sich um eine reine Einzelfallentscheidung, die sich jeglicher pauschaler und allgemeingültiger Lösung entzieht. Dass die prozessualen Grenzen insoweit fließend und es oftmals feine Nuancen im Klägervortrag sind, die in der rechtlichen Beurteilung den Ausschlag in die eine oder andere Richtung geben, zeigen gerade auch die von beiden Seiten im hiesigen Rechtsstreit vorgelegten und für ihre jeweiligen Rechtsauffassungen für sich in Anspruch genommenen instanzgerichtlichen Entscheidungen. Aus ihnen ist darüber hinaus auch klar zu erkennen, dass es nicht etwa „einen“ Kläger- und Beklagtenvortrag in Diesel-Abgasskandal-Fällen gibt, sondern insoweit erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsstreitigkeiten bestehen, die aus Sicht des Senates folgerichtig ihren Ausdruck in der unterschiedlichen Beurteilung durch die jeweils mit der Entscheidung befassten Gerichte gefunden haben.

7.	35
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	36
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.344,77 € festgesetzt.	37