



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 1 U 4/20 = 3 O 311/19 Landgericht Bremen

## B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

...,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ...

gegen

...,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...

hat der 1. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Schromek, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Böger und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kramer

am **14.10.2020** beschlossen:

- I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 29.11.2019, Az.: 3 O 311/19, durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.
- II. Der Klägerin wird Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 06.11.2020 gegeben.

## Gründe

### I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte als Herstellerin eines von der Klägerin im Juli 2016 gebraucht erworbenen Kraftfahrzeugs auf Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sogenannten Diesel-Abgaskandal in Anspruch.

Der streitgegenständliche Pkw ... mit der Erstzulassung 31.5.2013 wurde von der Klägerin am 14.07.2016 von der Autohaus A. GmbH als Verkäuferin gebraucht erworben. In dem Fahrzeug ist ein Motor der Beklagten mit der internen Bezeichnung X. verbaut, wobei im Fahrzeugtyp ... mit Baujahr 2013 die Motorausführung mit einer Leistung von 105 kW und einem Drehmoment von 320 Nm verwendet wurde. Das Fahrzeug ist in die Schadstoffklasse Euro 5 eingeordnet. Der Motor hält die sich aus dieser Schadstoffklasse ergebenden Grenzwerte zum Stickoxidausstoß unter den Messbedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) im Rahmen eines Rollen-Prüfstandverfahrens ein. Nach den Feststellungen im Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom April 2016 wurden für den dort in einem anderen Fahrzeugtyp eingebauten Motor X. unter Verwendung eines Mobilien Emissionsmessgeräts (Portable emissions measurement system, PEMS) Emissionswerte im Bereich des 2 bis 2,5 fachen des Grenzwerts erreicht, wobei in diesem Bericht festgestellt wird, dass diese Messwerte „in unauffälliger Höhe“ liegen (S. 25 f. des Berichts). Die weiteren Einzelheiten der Emissionswerte des streitgegenständlichen Pkw und seitens der Beklagten verwendeter Mechanismen mit Einfluss auf diese Abgaswerte sind zwischen den Parteien streitig. Die Laufleistung des Pkw betrug bei Erwerb durch die Klägerin 45.230 km, zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in 1. Instanz 120.661 km.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht geltend gemacht, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung hinsichtlich der Abgasreinigung versehen sei. Die Klägerin hat behauptet, dies sei seitens der Beklagten erfolgt, um im Fall eines Abgastests die zulässigen Abgaswerte zu erreichen. Das Fahrzeug reduziere die Abgasreinigung unter 17 Grad bzw. 10 Grad Celsius bis hin zur völligen Abschaltung der Abgasreinigung. Der Motor überschreite im realen Fahrbetrieb die Stickoxid-Grenzwerte zum Teil deutlich. Auch in Messungen der Deutschen Umwelthilfe sowie der Berner Fachhochschule sei für diesen Motortyp, wenngleich verbaut in anderen Fahrzeugen, eine Überschreitung der Grenzwerte im realen Fahrbetrieb um den Faktor

4,7 bzw. 2,8 festgestellt worden. Die Beklagte habe mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung über die im Realbetrieb erreichbaren Emissionswerte getäuscht.

Die Klägerin hat weiter behauptet, die Beklagte habe auch über die Funktion des On-Board-Diagnosesystems des streitgegenständlichen Pkw getäuscht. Sie trägt vor, dass ordnungsgemäß funktionierende On-Board-Diagnosesysteme den nicht ordnungsgemäßen Betrieb der Abgassysteme im Normalbetrieb in mit einer Abschaltvorrichtung ausgestatteten Fahrzeugen gemeldet hätten und dass die Abgasuntersuchung (AU) als nicht bestanden gelte, wenn zum Prüfzeitpunkt noch Fehler im Speicher des Systems abgelegt seien. Beim streitgegenständlichen Pkw sei das On-Board-Diagnosesystem so programmiert, dass es bei der Inspektion fälschlicherweise melde, dass die Abgassysteme des Fahrzeugs ordnungsgemäß funktionierten.

Weiter hatte die Klägerin zunächst vorgetragen, das Kraftfahrzeugbundesamt habe am 24.09.2018 eine Rückrufaktion bezüglich einer Software-Aktualisierung zur Reduzierung der Stickoxid-Emissionen veröffentlicht und die Beklagte habe, um eine rechtlich verbindliche Rückrufaktion zu vermeiden, ab Herbst 2018 einer Vielzahl von betroffenen Fahrzeuginhabern für diesen Motor ein Software-Update zur Reduzierung der Stickoxid-Emissionen zur Verfügung gestellt. Mit Schriftsatz vom 04.10.2019 hat die Klägerin klargestellt, dass ein behördlicher Rückruf hinsichtlich des streitgegenständlichen Pkw bisher nicht erfolgt sei.

Die Klägerin meint, aufgrund der im realen Fahrbetrieb abweichenden Emissionswerte entfalle die Genehmigungswirkung der EU-Typgenehmigung nach Art. 3 Nr. 5 der Richtlinie 2007/46/EG (Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge) für das streitgegenständliche Fahrzeug. Sie meint, es sei damit auch die Übereinstimmungsbescheinigung (Art. 3 Nr. 26 der Richtlinie 2007/46/EG) ungültig, mit der der Hersteller bescheinige, dass ein Fahrzeug aus der Baureihe eines europarechtskonform genehmigten Typs zum Zeitpunkt seiner Herstellung allen maßgeblichen Vorschriften entspreche, und auf die die Zulassungsentscheidung der Zulassungsbehörde nach §§ 6 und 27 Abs. 1 EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (EG-FGV) sowie § 6 Abs. 3 Fahrzeug-Zulassungsverordnung (FZV) gestützt werde. Sie behauptet, es drohe daher der Entzug der Zulassung des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte als Herstellerin durch das Ausstellen der Übereinstimmungsbescheinigung eine Garantie über die Konformität des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit der EU-Typengenehmigung abgegeben und damit die Kaufentscheidung der Klägerin wesentlich beeinflusst habe. Die Beklagte hafte daher gegenüber der Klägerin auch aus § 311 Abs. 2, Abs. 3 BGB. Zudem hafte die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB wegen einer Täuschung über die Einhaltung der Stickstoffoxid-Emissionen des streitgegenständlichen Fahrzeugs bzw. aus § 826 BGB wegen einer vorsätzlich sittenwidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug. Ferner handele es sich bei den maßgeblichen Normen des § 27 EG-FGV wie auch den zugrunde liegenden europarechtlichen Regelungen um individualschützende Normen, so dass auch aus deren Verletzung i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte folge.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerpartei EUR 24.460,00 nebst Zinsen i.H.v. 4 % seit dem 15.7.2016 bis 5.2.2019 und seither von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz abzüglich einer im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs ... mit der Fahrgestellnummer ... zu zahlen;
2. festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 6.2.2019 mit der Rücknahme des im Klageantrag zu Ziff. 1. bezeichneten Gegenstands in Annahmeverzug befindet,
3. die Beklagte zu verurteilen, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.899,24 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.2.2019 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte bestreitet, dass bei dem streitgegenständlichen Pkw eine unzulässige Abschaltvorrichtung verwendet worden sei. Sie behauptet, es sei keine Einrichtung verwendet worden, um Abweichungen zwischen im Emissionen im Testbetrieb von denjenigen im realen Fahrbetrieb hervorzurufen. Vielmehr versuche aber die Motorsteuerung der Fahrzeuge der Beklagten in sämtlichen Betriebszuständen eine optimale Mischung

aus unterschiedlichsten Faktoren (wie Verbrauch, Leistungen sowie eine Abgasnachbehandlung bzw. eine Abgasrückführung) herzustellen, ohne dass der Motor dabei Schaden nehme.

Die Beklagte behauptet, die Stickoxid-Emissionen des streitgegenständlichen Motors entsprächen den rechtlichen Vorgaben. Sie meint, es komme für Fahrzeuge der Abgasklassen Euro 5 und Euro 6 insoweit nicht auf einen vermeintlichen Realbetrieb an. Die Anforderungen an die Einhaltung bestimmter Emissionsgrenzwerte seien nicht auf den Praxisbetrieb bezogen, sondern auf die Messung am Prüfstand anhand konkret definierter Parameter nach dem NEFZ. Eine Messung des Abgasverhaltens eines Fahrzeugs im Fahrbetrieb auf der Straße, wenn auch nach vordefinierten Parametern (Real Driving Emissions, RDE), sei erst Bestandteil der Genehmigungsvoraussetzungen ab der Abgasnorm Euro 6d-temp, die erst für Neuzulassungen ab September 2019 in Kraft trete.

Die Beklagte behauptet weiter, dass keine Feststellungen des Kraftfahrtbundesamtes über eine im streitgegenständlichen Fahrzeug- oder Motortyp verwendete illegale Abschalteneinrichtung hinsichtlich der Abgasreinigung existierten und dass vielmehr das Kraftfahrtbundesamt laut dessen Mitteilung vom 17.10.2019 den streitgegenständlichen Motortyp untersucht und dabei nicht das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung festgestellt habe. Auch die freiwilligen Software-Updates der Beklagten seien gerade nicht auf den streitgegenständlichen Fahrzeug- oder Motortyp bezogen.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 29.11.2019, Az.: 3 O 311/19, auf welches hinsichtlich des Tatbestandes und des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz einschließlich der dort gestellten Anträge im Übrigen Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), die Klage abgewiesen. Der Klägerin stehe gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Schadensersatz zu.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Klägerin bereits nicht ausreichend dargelegt habe, dass der im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Motor mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehen sei. Die Einholung eines Sachverständigenbeweises zu der klägerischen Behauptung der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung wäre auf eine reine Ausforschung hinausgelaufen, denn es fehle am gebotenen konkreten Vortrag der Klägerin dazu, dass im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs ein bestimmtes Konstruktionsteil oder eine bestimmte Software vorhanden sei, die für eine bestimmte, konkret darzulegende Umwelt- oder Fahr-

situation die Abgasreinigung abschalte, und dass dies nicht notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Die hierzu erforderliche technische Sachkenntnis hätte sich die Klägerin gegebenenfalls durch eine Einholung eines Privatgutachtens oder durch Bezugnahme auf publizierte behördliche oder sonstige Untersuchungen zum streitgegenständlichen Fahrzeug- oder Motortyp verschaffen können.

Die Klägerin habe dagegen keinen konkreten Rückrufbescheid des Kraftfahrtbundesamtes in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeugmodell vorgelegt oder sich nachvollziehbar auf einen solchen bezogen; es sei vielmehr letztlich unstrittig gestellt worden, dass ein behördlicher Rückruf nicht vorliege.

Aus dem unbestrittenen Einsatz eines sogenannten Thermofensters ergebe sich nicht die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Die Praxis der Verwendung von solchen Thermofenstern sei vielmehr vom Kraftfahrtbundesamt bisher offenbar unbeanstandet hingenommen worden und es führe auch nicht jeglicher Funktionsmechanismus, der zur Einschränkung der Funktionsweise einer Abgasreinigung führe, zur Unzulässigkeit nach der maßgeblichen Regelung des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 (Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typp Genehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge), da diese Norm vielmehr auch Ausnahmen vorsehe, wenn diese notwendig seien, um den Motor vor Beschädigung zu schützen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung, mit der sie unter Teilrücknahme der Klage hinsichtlich der Zinsen vor Rechtshängigkeit ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiterverfolgt.

Die Klägerin macht geltend, das Landgericht habe die Substantiierungsanforderungen an den Vortrag der Klägerin überspannt und es hätte auf den entscheidungserheblichen Sachvortrag der Klägerin hin Beweis erheben müssen. Sie meint, sie habe greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen dargelegt.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Verpflichtung nach Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007, die Emissionsgrenzwerte bei normalen Nutzungsbedingungen einzuhalten, beinhaltet, dass die im normalen Straßenverkehr gemessenen Werte maßgeblich seien und nicht die in einem Prüfstand gemessenen Werte. Wenn die im Prüf-

stand eingehaltenen Grenzwerte von den im tatsächlichen Straßenverkehr gewonnenen Messergebnissen um das 5- bis 17fache überschritten würden, sei dies nicht anders zu erklären als durch vom Hersteller ergriffene und intendierte Maßnahmen, die das Fahrzeug scheinbar genehmigungskonform wirken lassen sollten.

Weiter meint die Klägerin, dass – auch wenn sogenannte Thermofenster nicht generell unzulässig seien – die Beklagte als Herstellerin jedenfalls darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen der Voraussetzungen der Ausnahmeregelung nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sei. Insbesondere könne die auf den Schutz des Motors nach dieser Bestimmung abzielende Privilegierung keine Rechtsgrundlage dafür sein, eine Abschaltvorrichtung auch bei solchen Betriebsbedingungen eingreifen zu lassen, die bei normalem und bestimmungsgemäßem Gebrauch eines Pkw typischerweise eintreten würden. Dass das Kraftfahrtbundesamt keine Unzulässigkeit der von der Beklagten verwendeten Thermofenster angenommen habe, sei für die Entscheidung der Gerichte nicht bindend. Die Klägerin behauptet, im streitgegenständlichen Pkw werde die Abgasrückführung bei kühleren Temperaturen ab 17 Grad bzw. 15 Grad Celsius zurückgefahren, wobei eine signifikante Reduktion jedenfalls bei einer Temperatur von 5 Grad Celsius erfolge. Eine taugliche sachliche und technische Rechtfertigung für das im streitgegenständlichen Pkw vorhandene Thermofenster gebe es nicht, welches im Ergebnis eine unterschiedliche Emissionsbehandlung danach vornehme, ob sich das Fahrzeug in der Prüfstandsanordnung oder im Normalbetrieb befinde. Wie die Klägerin mit Schriftsatz vom 06.10.2020 weiter ausführt, habe die Beklagte lediglich zur Vermeidung von weiteren Entwicklungskosten eine Senkung der Abgasrückführungsrate in die Motorsteuerung einprogrammiert und damit davon abgesehen, die bereits seit 2000 verfügbare emissionsreduzierende Harnstoffeinspritzung mittels „AdBlue“ für das streitgegenständliche Fahrzeug fortzuentwickeln und zu implementieren.

Mit Schriftsatz vom 06.10.2020 hat die Klägerin weiter vorgetragen, dass auch nach einem Software-Update die Abgasbehandlung bei Fahrzeugen mit Motoren vom Typ X. unzureichend sei. Sie behauptet, dass auch mit dem Update das Fahrzeug die gesetzlichen Stickoxid-Grenzwerte insbesondere im Realbetrieb weiterhin nicht einhalte. Der Stickoxid-Ausstoß sei um mindestens 60 % gegenüber dem Euro 5-Grenzwert erhöht. Hierzu bezieht sich die Klägerin auf einen Bericht des Kraftfahrt-Bundesamts vom 10.01.2020 zur Wirksamkeit von Software-Updates zur Reduzierung von Stickoxiden bei Dieselmotoren. Auch läge ein neuerer Bericht der Deutschen Umwelthilfe zur Abgasmessung an einem Pkw ... vor, der Anhaltspunkte dafür belege, dass die Abgasreinigung im Fahrbetrieb nicht korrekt funktioniere. Weiter behauptet die Klägerin, dass

das Fahrzeug, wenn das Gaspedal mehrfach in kurzen Abständen über einen Zeitraum von 2.000 Sekunden hintereinander gepumpt werde, an den von der Prüfstandsituation abweichenden Gasstößen erkennen, dass es sich im Normalbetrieb befinde, und die Abgasrückführung werde gestoppt. Die Beklagte verwende zudem eine andere Kalibrierung der Abgaseinrichtung für den Warm- und den Kaltstart, wobei eine Prüfstandsituation immer nur im Kaltstart stattfinde. Die Abschalteneinrichtung sei ferner so konzipiert, dass die Abgasreinigung für die Zeit im Prüfstand von 1.180 Sekunden nur im erforderlichen Maße arbeite und nach den 20 Minuten sinke die Effektivität der Abgasreinigung und die gesetzlichen Grenzwerte für Stickoxide würden um ein Vielfaches überschritten, wofür sich die Klägerin auf einen Test der Deutschen Umwelthilfe zum Fahrzeug ... bezieht. Die Abgasrückführung sei drehzahlabhängig und werde ab einer Drehzahl von 2.900 U/Min reduziert und ab 3.300 U/Min gänzlich deaktiviert.

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 06.10.2020 zudem weiter geltend gemacht, dass die Beklagte darlegungsbelastet dahingehend sei, dass sie dartun müsse, welche Angaben gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt gemacht worden seien und welche Entscheidungsträger das sogenannte Thermofenster für zulässig gehalten hätten. Die Beklagte habe darzutun, dass sie unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes gehandelt habe.

Im Übrigen bekräftigt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Vortrag, dass die Beklagte mit der Herstellung eines Fahrzeugs, das zwischen Prüfstand und Realbetrieb unterscheide und darauf ausgerichtet sei, nur zum Zweck der Zulassung Emissionswerte vorzutäuschen, die nicht dem Normalbetrieb entsprächen, sittenwidrig gehandelt habe. Den bei der Klägerin eingetretenen Schaden habe die Beklagte zumindest billigend in Kauf genommen. Der Beklagten obliege hier zudem eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Verwendung eines Thermofensters und der damit verfolgten Strategie im Hinblick auf die Anwendung der Vorschriften der VO (EG) Nr. 715/2007. Indem die Beklagte ein Fahrzeug mit einer solchen Abschalteneinrichtung in Verkehr gebracht habe, habe sie auch konkludent darüber getäuscht, dass das Fahrzeug den geltenden Vorschriften entspreche und im Straßenverkehr eingesetzt werden dürfe.

Bei der Regelung des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 handele es sich zudem um ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, da ausweislich Erwägungsgrund 17 der Verordnung Verbraucher objektiv und genau über den Kraftstoffverbrauch und Kohlendioxidemissionen informiert werden sollten und es insoweit unerheblich sei, dass hier



Stickoxidemissionen nicht genannt seien. Art. 13 der Verordnung erfordere zudem wirksame und abschreckende Sanktionen und dieser Intention des europäischen Verordnungsgebers werde die Verleihung deliktsrechtlich vermittelten Individualrechtsschutzes für Autokäufer gerecht. Zu berücksichtigen sei auch, dass es sich hier um unmittelbar anwendbares Unionsrecht handele.

Der Klägerin sei bereits durch den Abschluss des Kaufvertrags über ein den gesetzlichen Anforderungen nicht genügenden Pkw ein zu ersetzender Schaden entstanden, ohne dass es auf die Frage der Beeinflussung des Verkehrswertes durch die unzulässige Abschaltvorrichtung oder die Möglichkeit einer Beseitigung des Schadens durch ein nachträgliches Software-Update oder das tatsächliche Erfolgen eines Rückrufs durch das Kraftfahrtbundesamt ankomme.

Zur Berechnung der Nutzungsentschädigung hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 06.10.2020 vorgetragen, dass sie von einer erwartbaren Gesamt-Laufleistung des streitgegenständlichen Pkw von mindestens 350.000 km ausgehe.

Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerpartei EUR 24.460,00 nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.02.2019 abzüglich einer im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung in Höhe von EUR 6.053,88 Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs ... mit der Fahrgestellnummer ... zu zahlen;
2. festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 6.2.2019 mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1. bezeichneten Gegenstands in Annahmeverzug befindet,
3. die Beklagte zu verurteilen, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.899,24 nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.2.2019 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt und bekräftigt ihren Vortrag aus erster Instanz. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

## II.

Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt worden; in der Sache hat sie aber keine Aussicht auf Erfolg. Die Klägerin vermag mit ihrer Berufung nicht mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, entgegen der klagabweisenden Entscheidung des Landgerichts zur Zahlung von Schadensersatz gegenüber der Beklagten berechtigt zu sein.

1. Die Klägerin kann nicht mit Aussicht auf Erfolg geltend machen, dass die Beklagte aufgrund der Abgabe der Übereinstimmungsbescheinigung einer Sachwalterhaftung nach den §§ 311 Abs. 2, Abs. 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB unterliege.

Nach den Grundsätzen der Sachwalterhaftung auf der Grundlage der §§ 311 Abs. 2, Abs. 3 BGB können auch solche Personen, die nicht unmittelbar Vertragspartei geworden sind, einer Schadensersatzhaftung nach den §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB unterfallen, wenn sie in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen haben und dadurch einem Beteiligten eine zusätzliche, gerade von ihnen persönlich ausgehende Gewähr für Bestand und Erfüllung des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts geboten haben (siehe BGH, Urteil vom 29. Januar 1997 – VIII ZR 356/95 –, juris Rn. 8, NJW 1997, 1233). Diese Voraussetzungen sind aber mit der bloßen Abgabe einer Übereinstimmungsbescheinigung durch die Beklagte nicht erfüllt (so auch OLG Braunschweig, Urteil vom 20.06.2019 – 7 U 185/18, juris Rn. 87, NJW-RR 2019, 1421; OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.06.2019 – 19 U 44/19 –, juris Rn. 17; OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2020 – 30 U 192/19, juris Rn. 49; OLG Koblenz, Urteil vom 06.02.2020 – 6 U 1219/19, juris Rn. 41; OLG München, Urteil vom 04.12.2019 – 3 U 2220/19, juris Rn. 33; Urteil vom 05.02.2020 – 3 U 6342/19, juris Rn. 20). Eine Übereinstimmungsbescheinigung nach § 6 EG-FGV wird vom Hersteller abgegeben, um die Voraussetzungen für Angebot, Veräußerung und Inverkehrbringen von Fahrzeugen nach § 27 Abs. 1 EG-FVG zu erfüllen. Nach dem objektiven Empfängerhorizont ist einer solchen Erklärung, die nicht an den Endabnehmer gerichtet ist, dagegen keine besondere persönliche Inanspruchnahme von Vertrauen durch den Hersteller zu entnehmen, zumal keine Umstände des konkreten Falls ersichtlich sind, aufgrund derer ein über die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 6, 27 EG-FGV hinausgehender Erklärungsgehalt der Übereinstimmungsbescheinigung der Beklagten anzunehmen wäre.

2. Die Klägerin kann ebenso mit ihrer Berufung nicht mit Aussicht auf Erfolg das Bestehen von Schadensersatzansprüchen aufgrund einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB geltend machen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 826 BGB ist sittenwidrig 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 (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 – II ZR 217/03, juris Rn. 48, NJW 2004, 2668; Urteil vom 20.11.2012 – VI ZR 268/11, juris Rn. 25, WM 2012, 2377; Urteil vom 15.10.2013 – VI ZR 124/12, juris Rn. 8, WM 2013, 2322; Urteil vom 07.05.2019 – VI ZR 512/17, juris Rn. 8, WM 2019, 1262; Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 15, NJW 2020, 1962; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 29, NJW 2020, 2798). Dafür genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft: Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2004 – II ZR 217/03, juris Rn. 49, NJW 2004, 2668; Urteil vom 19.10.1987 – II ZR 9/87, juris Rn. 21, BGHZ 102, 68; Urteil vom 15.10.2013 – VI ZR 124/12, juris Rn. 9, WM 2013, 2322; Urteil vom 07.05.2019 – VI ZR 512/17, juris Rn. 8, WM 2019, 1262; Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 15, NJW 2020, 1962; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 29, NJW 2020, 2798). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist von der Klägerin bereits nicht substantiiert dargetan, so dass es auch nicht der beantragten Beweisaufnahme zur Verwendung einer gegebenenfalls unzulässigen Abschaltvorrichtung durch die Beklagte im streitgegenständlichen Fahrzeug bedarf.

a. Nicht hinreichend substantiiert dargetan ist von der Klägerin zunächst, dass die Beklagte gezielt eine unzulässige Abschaltvorrichtung eingesetzt hätte, mit der die Situation der Messung auf dem Prüfstand erkannt werde, um lediglich dort die gesetzlichen Abgasgrenzwerte einzuhalten, die vom Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Übrigen nicht eingehalten würden. Zwar könnte ein solches Verhalten im Fall seines Vorliegens eine Haftung der Beklagten nach § 826 BGB begründen (siehe nachstehend unter aa.), unter Berücksichtigung der Anforderungen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an einen substantiierten Sachvortrag (siehe nachstehend unter bb.) ist aber festzustellen, dass es für das diesbezügliche Vorbringen der Kläger an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlt, so dass dieses Vorbringen als unsubstanziierter Vortrag ins Blaue hinein nicht zu beachten ist (siehe dazu unter cc.).

aa. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen jedenfalls dann als sittenwidriges Handeln im Sinne des § 826 BGB anzusehen ist, auch im Verhältnis zum Erwerber eines mit einer solchen Einrichtung versehenen Gebrauchtfahrzeugs, wenn ein Fahrzeughersteller auf der Grundlage einer strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrtbundesamts systematisch Fahrzeuge in Verkehr bringt, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden, womit einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einhergeht, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte (siehe BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 16, NJW 2020, 1962; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 33, NJW 2020, 2798; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 367/19, juris Rn. 12 f., NJW 2020, 2804; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 397/19, juris Rn. 11, NJW 2020, 2806; so auch bereits – mit Blick auf einen anderen Hersteller – Hanseatisches OLG in Bremen, Urteil vom 06.03.2020 – 2 U 91/19, juris Rn. 45 ff.).

bb. Nach den Anforderungen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs grundsätzlich bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen, und die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (siehe BGH, Beschluss vom 28.02.2012 – VIII ZR 124/11, juris Rn. 6, WuM 2012, 311; Urteil vom 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, juris Rn. 43, NJW 2015, 934; Beschluss vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17, juris Rn. 11, VersR 2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 7, NJW 2020, 1740). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat, und das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 28.02.2012 – VIII ZR 124/11, juris Rn. 6, WuM 2012, 311; Beschluss vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17, juris Rn. 11, VersR 2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 7, NJW 2020, 1740).

Dabei 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 (vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 09.11.2010 – VIII ZR 209/08, juris Rn. 15; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740). Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insbesondere auch in Situationen wie der vorliegenden, wenn die betreffende Partei sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740). Allerdings bleibt auch insoweit ein Mindestmaß an Substantiiertheit erforderlich und eine Behauptung wird unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist (vgl. etwa BGH, Urteil vom 04.03.1991 – II ZR 90/90, juris Rn. 18, WM 1991, 942; Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 09.11.2010 – VIII ZR 209/08, juris Rn. 15; Urteil vom 26.01.2016 – II ZR 394/13, juris Rn. 20, WM 2016, 974; Beschluss vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17, juris Rn. 11, VersR 2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740). Eine solche Annahme von Willkür in diesem Sinne ist nur zurückhaltend vorzunehmen und kann in der Regel nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden (siehe BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740).

cc. Vorliegend fehlt es in diesem Sinne an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten für die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe den Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung hinsichtlich der Abgasreinigung versehen.

(1) Das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin selbst erfolgt willkürlich und lässt keine Stützung auf tatsächliche Anhaltspunkte erkennen. Dies ist namentlich dem Umstand zu entnehmen, dass die Funktion der behaupteten Abschaltvorrichtung in beliebig wirkender Weise als bei Temperaturen unter 17 Grad (Schriftsätze vom 04.10.2019, S. 10, sowie vom 11.03.2020, S. 41), 15 Grad (Schriftsatz vom 06.10.2010, S. 17) oder

10 Grad Celsius (Schriftsatz vom 27.06.2019, S. 2) eingreifend geschildert wird. Nach den vorstehenden Maßstäben ist nicht zu verlangen, dass die Klägerin konkret zu belegenden Einzelheiten der Funktionsweise des behaupteten von der Beklagten verwendeten Systems der Abgasbehandlung vorträgt. Erfolgt der Vortrag dagegen ersichtlich auf Geratewohl und ohne jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte für die Richtigkeit der einen oder anderen angestellten Behauptung, dann entspricht dies einem unbeachtlichen Vorbringen ins Blaue hinein.

(2) Der Sachvortrag einer Partei, auch wenn er sich auf Umstände außerhalb ihrer eigenen Kenntnis bezieht, ist aber dann nicht als unbeachtlicher Vortrag ins Blaue hinein zu bezeichnen, wenn er sich auf behördliche Ermittlungen oder Verlautbarungen stützen kann, denen entsprechende Anhaltspunkte für eine Richtigkeit dieser Behauptungen zu entnehmen sind (siehe zuletzt BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740). In Bezug auf Fälle des sogenannten Dieselskandals ist dabei in der Rechtsprechung anerkannt, dass solche Erkenntnisse nicht nur dann eine ausreichende Indizwirkung entfalten, wenn sie genau den gleichen Fahrzeugtyp mit dem gleichen Motortyp betreffen bzw. wenn ein Rückruf gerade bezüglich des gleichen Fahrzeugs vorliegt: Vielmehr soll es genügen, wenn sich behördliche Erkenntnisse hinsichtlich unzulässiger Abschaltvorrichtungen auf vergleichbare Fahrzeugtypen beziehen, was dann zu bejahen ist, wenn das streitgegenständliche Fahrzeug über denselben Motor oder Motortyp verfügt und in dieselbe Schadstoffklasse fällt (Euro 5 oder Euro 6) (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn.11 ff., NJW 2020, 1740; OLG Köln, Urteil vom 06.09.2019 – 19 U 51/19, juris Rn. 40; OLG Stuttgart, Urteil vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 91, Justiz 2020, 256; für Konstellationen fehlender Vergleichbarkeit siehe auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.04.2020 – 1 U 103/19, juris Rn. 20 (anderer Motortyp); OLG Celle, Urteil vom 18.12.2019 – 7 U 511/18, juris Rn. 25, NJW-RR 2020, 345 (andere Fahrzeugtypen mit unterschiedlichen Motorvarianten); OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 – 3 U 148/18, juris Rn. 6, ZVertriebsR 2019, 370 (Differenzierung nach Fahrzeugtyp, Volumen und Leistung); OLG Köln, Urteil vom 05.06.2020 – 19 U 211/19, juris Rn. 28 (anderer Motortyp); OLG München, Beschluss vom 29.08.2019 – 8 U 1449/19, juris Rn. 137, NJW-RR 2019, 1497 (andere Fahrzeugtypen und nicht ersichtlich derselbe Motor); OLG Nürnberg, Urteil vom 19.07.2019 – 5 U 1670/18, juris Rn. 28 (anderer Hersteller); OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.03.2020 – 16a U 296/19, BeckRS 2020, 5654 Rn. 20 (anderer Hersteller)). Auch an solchen Erkenntnissen in Bezug auf vergleichbare Fahrzeugtypen fehlt es aber im vorliegenden Fall.

(a) Staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren und Bußgeldverfahren gegen die Beklagte bzw. deren Mitarbeiter betreffen nach der Bezugnahme der Beklagten auf die Pressemitteilung 03 der Staatsanwaltschaft München I vom 25.02.2019 – wie von der Klägerin nicht bestritten wurde – andere Fahrzeug- und Motortypen (... und ...) und haben im Übrigen auch nicht einen Vorwurf der gezielten Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes durch die Verwendung einer die Messung am Prüfstand erkennenden unzulässigen Abschaltvorrichtung zum Gegenstand.

(b) Auch ist weder ein formeller Rückruf des streitgegenständlichen Fahrzeugs erfolgt noch ist sonstigen Verlautbarungen des Kraftfahrtbundesamtes zu entnehmen, dass diese Behörde über Anhaltspunkte für die Verwendung einer die Messung am Prüfstand erkennenden unzulässigen Abschaltvorrichtung betreffend den in diesem Fahrzeug verwendeten Motortyp verfügen würde. Vielmehr wurde im Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom April 2016 bezüglich des Motortyps des streitgegenständlichen Fahrzeugs, der dort in einem anderen Fahrzeugtyp (... , mit einer Motorleistung von 135 kw) eingebaut war, festgestellt, dass dessen Messwerte zu Stickoxid-Emissionen „in unauffälliger Höhe“ liegen. Auch aus der von der Beklagten vorgelegten – und wiederum von der Klägerin nicht bestrittenen – Mitteilung des Kraftfahrtbundesamts vom 17.10.2019 ergibt sich, dass dieses bei einer Untersuchung des streitgegenständlichen Motortyps, wiederum bei Einbau in einem anderen Fahrzeugtyp (... , mit einer Leistungsvariante von 130 kw bzw. 135 kw), nicht das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung festgestellt habe. Das weitere Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 06.10.2020, dass nach einem Bericht des Kraftfahrt-Bundesamts vom 10.01.2020 auch nach einem Software-Update die Abgasbehandlung bei Fahrzeugen mit Motoren vom Typ X. unzureichend sei, ist schon deswegen nicht einschlägig, weil dieser Bericht und dieses Update sich auf andere Fahrzeugtypen (... und ... , jeweils mit einer Motorleistung von 135 kw) beziehen und die Beklagte – wie erstinstanzlich von der Klägerin nicht mehr bestritten wurde – für den Motor im streitgegenständlichen Fahrzeug gerade kein solches Update angeboten hatte.

Zutreffend ist, dass keine Bindungswirkung von Beurteilungen des Kraftfahrzeugbundesamts für die gerichtliche Entscheidung in dem Sinne besteht, dass ein Untätigbleiben dieser Behörde ein Indiz für die Zulässigkeit der betreffenden Konstruktion darstellen würde oder dass ohne einen formellen Rückruf ein Sachmangel nicht angenommen werden könnte (so BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 13, NJW

2020, 1740; vgl. auch BGH, Beschluss vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, juris Rn. 20, NJW 2019, 1133; OLG Köln, Urteil vom 12.03.2020 – 3 U 55/19, juris Rn. 37; anders dagegen noch OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18, juris Rn. 38; Urteil vom 18.12.2019 – 7 U 511/18, juris Rn. 28, NJW-RR 2020, 345; OLG Frankfurt, Urteil vom 07.11.2019 – 6 U 119/18, juris Rn. 28, NJW-RR 2020, 476; ähnlich OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.03.2020 – 16a U 296/19, BeckRS 2020, 5654 Rn. 25). Im vorliegenden Zusammenhang geht es allerdings um die Frage, ob von dieser Behörde Anhaltspunkte für die Verwendung einer die Messung am Prüfstand erkennenden unzulässigen Abschaltvorrichtung festgestellt worden sind, die die klägerischen Behauptungen stützen könnten, und dies ist nach dem Vorgesagten zu verneinen.

(3) Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Behauptung einer Partei, auch wenn diese sich auf Umstände außerhalb ihrer eigenen Kenntnis bezieht, können sich ferner auch aus der Bezugnahme auf anderweitige von der Partei eingeholte oder öffentlichen Quellen entnommene Stellungnahmen Dritter ergeben. Vorliegend stützt sich die Klägerin für ihre Behauptungen auf die Untersuchungen verschiedener weiterer Einrichtungen, namentlich der Deutschen Umwelthilfe sowie der Berner Fachhochschule; ein Anhaltspunkt für die Verwendung einer solchen die Messung am Prüfstand erkennenden unzulässigen Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug ergibt sich aber auch hieraus nicht.

(a) Ein unmittelbarer Anhaltspunkt für die Verwendung eines solchen Verfahrens im streitgegenständlichen Fahrzeug ergibt sich aus diesen Untersuchungen bereits deswegen nicht, weil darin nicht die Funktionsweise der Abgasrückführung und Abgasnachbehandlung als solche analysiert worden ist.

(b) Die Erkenntnisse aus diesen Untersuchungen können auch nicht mittelbar als Anhaltspunkt für die Verwendung eines solchen Verfahrens dienen, indem sie – ohne die Funktionsweise der Abgasrückführung und Abgasnachbehandlung als solche zu spezifizieren – jedenfalls im Hinblick auf den Vergleich der auf dem Prüfstand gewonnenen Messergebnisse mit denen bei Messungen in anderer Umgebung ein Indiz dafür liefern würden, dass die Einhaltung der Grenzwerte bei Messungen auf dem Prüfstand nur durch die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen erreicht worden sein dürfte.

(aa) Dabei erscheint es im Ausgangspunkt zutreffend, dass der Umstand, dass bei Messungen der Emissionen eines Fahrzeugs außerhalb der Bedingungen des NEFZ-Prüf-



stands die Grenzwerte nicht eingehalten werden und vielmehr ein Mehrfaches der zulässigen Emissionen gemessen wird, ein Indiz für die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung darstellen kann, mit der faktisch zwischen Situationen der Messung am Prüfstand und dem realen Fahrbetrieb unterschieden wird (so auch OLG Köln, Urteil vom 12.03.2020 – 3 U 55/19, juris Rn. 40 (ähnlich bereits mit Urteil vom 06.09.2019 – 19 U 51/19, juris Rn. 40); ähnlich auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.08.2019 – 17 U 257/18, juris Rn. 10, BB 2019, 2113 (Ls.); LG Düsseldorf, Urteil vom 31.03.2020 – 7 O 67/19, juris Rn. 25; anders dagegen offenbar OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18, juris Rn. 34; OLG Frankfurt, Urteil vom 07.11.2019 – 6 U 119/18, juris Rn. 29, NJW-RR 2020, 476; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.03.2020 – 16a U 296/19, BeckRS 2020, 5654 Rn. 26; Urteil vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 93, Justiz 2020, 256), so dass ein hierauf gestütztes Parteivorbringen der Verwendung einer solchen Abschaltvorrichtung nicht länger als gänzlich unsubstantiiert anzusehen und hierüber vielmehr Beweis einzuholen wäre. Dass auf diese Weise den Substantiierungsanforderungen genügt werden kann, wird bestätigt auch durch einen Vergleich mit den tragenden Erwägungen des Bundesgerichtshofs zur sogenannten Symptomtheorie, wonach zur Substantiiertheit der Behauptung eines Baumangels eine Beschreibung der Symptome genügt, die typischerweise durch einen solchen Mangel hervorgerufen werden, und es nicht der Darlegung der Einzelheiten der Verursachung dieses Mangels durch einen geltend gemachten Fehler in der Herstellung des Werkes bedarf (vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2017 – VII ZR 217/15, juris Rn. 14, BauR 2018, 669): Auch hier genügt die Beschreibung eines allgemeinen Befundes, der für den Fall des Vorliegens der geltend gemachten Pflichtverletzung deren typische Folge wäre, auch ohne dass bereits auf der Ebene der Substantiierung weiter darzulegen wäre, wie dieser Befund im konkreten Fall tatsächlich verursacht worden sein soll.

(bb) Allerdings kann die vorstehend begründete Indizwirkung nicht bereits durch eine einfache Überschreitung der Emissionsgrenzwerte im Realbetrieb angenommen werden, sondern erst bei einer Überschreitung um ein Mehrfaches. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zwar nach Art. 5 Abs. 1 der VO Nr. 715/2007 die maßgeblichen Verpflichtungen des Herstellers darauf gerichtet sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den gesetzlichen Vorgaben entspricht und nicht lediglich unter bestimmten Prüfstandbedingungen. Die in der Verordnung festgelegten Emissionsgrenzwerte waren allerdings notwendigerweise zu standardisieren und beziehen sich auf den Emissionsausstoß im Rahmen eines definierten Prüfungszyklus, während im

Realbetrieb andere Beschleunigungen etc. vorkommen können, so dass auch nicht bereits aus jeglicher Überschreitung dieser Emissionsgrenzwerte im realen Fahrverhalten bei gleichzeitiger Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand ohne weiteres darauf zu schließen wäre, dass in dem betreffenden Fahrzeug eine unzulässige Abschalteneinrichtung verwendet werde (siehe auch OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18, juris Rn. 34; OLG München, Urteil vom 05.09.2019 – 14 U 416/19, BeckRS 2019, 26072, Rn. 168; OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.03.2020 – 16a U 296/19, BeckRS 2020, 5654 Rn. 27; Urteil vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 94, Justiz 2020, 256). Vielmehr ist wegen der insoweit bestehenden Unwägbarkeiten, inwieweit vergleichbare Motorleistungen abgefragt werden, jedenfalls eine Überschreitung der gesetzlichen Grenzwerte im realen Fahrbetrieb bis zu über dem Doppelten der für Prüfstandmessungen geltenden Werte noch nicht als Indiz für die Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung anzusehen; diese Größenordnung entspricht dem Faktor, der auch im Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom April 2016 noch nicht als auffällige Überschreitung der gesetzlichen Grenzwerte durch die Ergebnisse der Messungen im Realbetrieb angesehen wurde, und er entspricht auch der Größenordnung der von der Europäischen Kommission ursprünglich angesetzten Berichtigungskoeffizienten für die Umrechnung von Euro 6-Emissionen im NEFZ-Prüfstand zu solchen im realen Fahrbetrieb. Dass in rechtlicher Hinsicht die Verwendung solcher Berichtigungskoeffizienten durch die Europäische Kommission im Rahmen der VO (EU) 2016/646 vom 20.04.2016 zur Änderung der VO (EG) Nr. 692/2008 hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 6) in erster Instanz durch das Gericht der Europäischen Union mangels Abänderungskompetenz der Kommission für unzulässig angesehen worden ist (siehe EuG, Urteil vom 13.12.2018 – T-339/16, T-352/16 und T-391/16, juris Rn. 127 f., ABI EU 2019, Nr C 82, 42 (Ls.); über das hiergegen eingelegte Rechtsmittel zum EuGH ist noch nicht entschieden), ist insoweit unerheblich, da es hier allein auf die Frage der nicht vollständigen Entsprechung verschiedener Messmethoden ankommt, nicht auf die in der vorgenannten Entscheidung primär maßgebliche Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Abänderung in der VO Nr. 715/2007 festgelegter Grenzwerte.

(cc) Solche Messungen der Emissionen des streitgegenständlichen Motortyps im realen Fahrverhalten, die die vorstehenden Voraussetzungen erfüllen und in dieser Weise ein Überschreiten der zulässigen Emissionen um ein Vielfaches belegen würden und

damit mittelbar als Anhaltspunkt für die Verwendung einer unzulässigen Abschalt-einrichtung heranzuziehen wären, sind aber von der Klägerin nicht vorgetragen worden. Soweit die Klägerin davon spricht, dass Überschreitungen der im Prüfstand eingehaltenen Grenzwerte von den im tatsächlichen Straßenverkehr gewonnenen Messergebnissen um das 5- bis 17fache auf das Vorhandensein unzulässiger Abschalt-einrichtungen schließen ließen, sind solche Messungen von der Klägerin in Bezug auf dem streitgegenständlichen Fahrzeug vergleichbare Motortypen gerade nicht vorgetragen worden.

Die Messungen der Deutschen Umwelthilfe e.V., auf die die Klägerin mit Schriftsatz vom 14.08.2019 verwiesen hat, benennen zwar eine Überschreitung der Emissionsgrenzwerte um den Faktor 4,7, beziehen sich aber auf ein Fahrzeug vom Typ ... mit einer Motorleistung von 135 kw und sind damit dem Motor im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht hinreichend vergleichbar, als dass der dort gemessenen Grenzwert-überschreitung eine Indizwirkung auch für den vorliegenden Fall zukommen könnte.

Die Messungen der Berner Fachhochschule im Auftrag des ZDF (Anlage K2 zur Klagschrift) benennen eine Überschreitung der Emissionsgrenzwerte um den Faktor 2,8 und sind damit bereits noch nicht in einer Größenordnung angesiedelt, ab der erst eine Indizwirkung für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalt-einrichtung angenommen werden könnte, und beziehen sich im Übrigen wieder auf ein anderes Fahrzeug, hier ein Fahrzeug vom Typ ... mit einer Motorleistung von 130 kw, so dass es auch hier eine hinreichende Vergleichbarkeit nicht ersichtlich ist.

b. Soweit im Übrigen auch seitens der Beklagten das Vorhandensein einer Abschalt-einrichtung eingeräumt wurde, die – wenn auch ohne eine solche spezifische Ausrichtung auf das Erkennen der Umstände einer Prüfung am Messstand – die Faktoren unter anderem auch der Abgasnachbehandlung bzw. einer Abgasrückführung mit dem Ziel der allgemeinen Vermeidung von Schäden am Motor moduliert, ist auch damit das Vorliegen der Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht dargetan.

Dabei bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob eine solche Abschalt-einrichtung nach den Kriterien des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 715/2007 als zulässig anzusehen wäre (so offenbar OLG München, Beschluss vom 29.08.2019 – 8 U 1449/19, juris Rn. 152, NJW-RR 2019, 1497; OLG Nürnberg, Urteil vom 19.07.2019 – 5 U 1670/18, juris Rn. 39; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2020 – 10 U 134/19, juris Rn. 75, WM 2019, 1704; LG Stuttgart, Urteil vom 03.05.2019 – 22 O 238/18, juris Rn. 39), oder ob der dort (S. 2 lit. a)

verwendete Begriff der Notwendigkeit zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall oder zur Gewährleistung des sicheren Betriebs des Fahrzeugs lediglich den notwendigen Schutz des Motors vor dem Auftreten plötzlicher Schäden erfassen sollte bzw. jedenfalls nicht unter Bedingungen angenommen werden kann, die zu den üblichen, alltäglichen Nutzungsbedingungen eines betreffenden Kraftfahrzeugs im Sinne eines Normalgebrauchs zählen (siehe LG Stuttgart, Urteil vom 17.01.2019 – 23 O 178/18, juris Rn. 23; Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 30.04.2020 in der Rechtssache C-693/18, juris Rn. 137; für die Unzulässigkeit eines sogenannten Thermofensters auch LG Düsseldorf, Urteil vom 31.03.2020 – 7 O 67/19, juris Rn. 23). Auf diese Frage, die der Auslegungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs unterfallen dürfte, kommt es vielmehr nicht an, da eine Verletzung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 durch eine mögliche Überdehnung des Begriffs der Notwendigkeit zum Schutz des Motors vor Beschädigung jedenfalls für sich genommen noch nicht als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB zu bewerten wäre (so im Ergebnis auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.04.2020 – 1 U 103/19, juris Rn. 24; OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18, juris Rn. 42; OLG Dresden, Urteil vom 16.07.2019 – 9 U 567/19, juris Rn. 24, ZfSch 2019, 673; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 – I-5 U 110/19, juris Rn. 45; OLG Frankfurt, Urteil vom 07.11.2019 – 6 U 119/18, juris Rn. 30 ff., NJW-RR 2020, 476; OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2020 – 30 U 192/19, juris Rn. 71; OLG Koblenz, Urteil vom 21.10.2019 – 12 U 246/19, juris Rn. 42 f., WM 2019, 2222; OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 – 3 U 148/18, juris Rn. 6, ZVertriebsR 2019, 370; Urteil vom 05.06.2020 – 19 U 211/19, juris Rn. 32; OLG München, Beschluss vom 29.08.2019 – 8 U 1449/19, juris Rn. 164, NJW-RR 2019, 1497; Urteil vom 20.01.2020 – 21 U 5072/19, juris Rn. 30; Beschluss vom 29.09.2020 – 8 U 201/20, juris Rn. 28; OLG Nürnberg, Urteil vom 19.07.2019 – 5 U 1670/18, juris Rn. 40; OLG Schleswig, Urteil vom 18.09.2019 – 12 U 123/18, juris Rn. 46, ZfSch 2019, 674; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2020 – 10 U 134/19, juris Rn. 83 ff., WM 2019, 1704; anders dagegen offenbar LG Düsseldorf, Urteil vom 31.03.2020 – 7 O 67/19, juris Rn. 45), für die es vielmehr nach den oben dargelegten Kriterien über die bloße Gesetzesverletzung hinaus auch einer besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens des Handelnden bedürfte: Bei Abschaltinrichtungen, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeiten wie auf dem Prüfstand und bei denen Gesichtspunkte des Motor- respektive des Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden könnten, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen in dem Bewusstsein gehandelt

hätten, möglicherweise eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Wird zur Einhaltung der Emissionswerte bei gleichzeitigem Motorschutz und möglicherweise auch einer gewissen Kostensensibilität eine aus der damaligen Sicht als vertretbar ansehbare Auslegung einer unbestimmten Norm gewählt, dann stellt sich dies vielmehr nicht als ein sittenwidriges Verhalten dar.

Insbesondere obliegt es entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht der Beklagten, darzulegen, mit welchen Angaben ihre Entscheidungsträger die Verwendung des sogenannten Thermofensters gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt begründet und auf welcher Grundlage sie es in Anwendung der Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 715/2007 für zulässig gehalten hätten (so i.E. auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.04.2020 – 1 U 103/19, juris Rn. 26; OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18, juris Rn. 42; OLG Dresden, Urteil vom 16.07.2019 – 9 U 567/19, juris Rn. 26, ZfSch 2019, 673; OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2020 – 30 U 192/19, juris Rn. 73 f.; OLG Koblenz, Urteil vom 18.06.2019 – 3 U 416/19, juris Rn. 53, WM 2019, 2222; OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 – 3 U 148/18, juris Rn. 6, ZVertriebsR 2019, 370; Urteil vom 05.06.2020 – 19 U 211/19, juris Rn. 36; OLG München, Beschluss vom 29.08.2019 – 8 U 1449/19, juris Rn. 59 und 164, NJW-RR 2019, 1497; Urteil vom 20.01.2020 – 21 U 5072/19, juris Rn. 33 f.; Beschluss vom 29.09.2020 – 8 U 201/20, juris Rn. 33; OLG Nürnberg, Urteil vom 19.07.2019 – 5 U 1670/18, juris Rn. 38 ff.; OLG Schleswig, Urteil vom 18.09.2019 – 12 U 123/18, juris Rn. 49, ZfSch 2019, 674; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2020 – 10 U 134/19, juris Rn. 83, WM 2019, 1704; anders offenbar OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.08.2019 – 17 U 257/18, juris Rn. 16, BB 2019, 2113 (Ls.); Urteil vom 09.01.2020 – 17 U 107/19, juris Rn. 52, ZAP EN-Nr 185/2020 (Ls.); LG Düsseldorf, Urteil vom 31.03.2020 – 7 O 67/19, juris Rn. 33 und 45; LG Stuttgart, Urteil vom 17.01.2019 – 23 O 178/18, juris Rn. 46 und 52). Vielmehr ist grundsätzlich die Klägerin als Gläubigerin des geltend gemachten Anspruchs in vollem Umfang darlegungs- und beweisbelastet für die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten nach § 826 BGB (siehe BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 35, NJW 2020, 1962; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 367/19, juris Rn. 15, NJW 2020, 2804), dies schließt auch die tatsächlichen objektiven und subjektiven Umstände ein, aus denen sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit ergeben soll. Die Verwendung einer Abschaltvorrichtung ist auch für den Fall der Unzulässigkeit derselben nicht ohne weiteres als sittenwidrig anzusehen, sondern bedarf nach den oben dargelegten Kriterien auch des Vorliegens der zusätzlichen Voraussetzungen einer besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten: Daraus ergibt sich, dass auch nicht das Vorliegen

der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 715/2007 bzw. ein Handeln der Beklagten in der Annahme des Vorliegens dieser Voraussetzungen lediglich ausnahmsweise eine ansonsten begründete Sittenwidrigkeit entfallen ließe (in diesem Fall wäre eine Darlegungs- und Beweislast der Beklagten hinsichtlich der Voraussetzungen dieser Ausnahme bzw. ihres Vertrauens auf deren Anwendung anzunehmen, siehe BGH, Urteil vom 21.04.2009 – VI ZR 304/07, juris Rn. 23, WM 2009, 1073), sondern es bleibt vielmehr insoweit bei der vollen Darlegungs- und Beweislast der Klägerin.

Auf die vom Bundesgerichtshof angenommene sekundäre Darlegungslast des Herstellers hinsichtlich der Frage, welcher der Verantwortungsträger eines Unternehmens bei bestehenden Anhaltspunkten für die Annahme für eine durch ein Vorstandsmitglied oder einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter getroffene Entscheidung hinsichtlich einer gezielt zu Manipulationszwecken eingesetzten unzulässigen Abschaltanlage diese Entscheidung tatsächlich getroffen hat und ob der Vorstand hiervon Kenntnis hatte (siehe BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 37 ff., NJW 2020, 1962; NJW 2020, 2798; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 367/19, juris Rn. 17 f., NJW 2020, 2804; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 397/19, juris Rn. 15, NJW 2020, 2806), kommt es damit nicht an, da es bereits an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass überhaupt ein sittenwidriges Verhalten auf Seiten eines Mitarbeiters der Beklagten vorläge.

3. Die Klägerin kann auch nicht mit Aussicht auf Erfolg das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Verletzungen der §§ 6, 27 EG-FGV bzw. des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 geltend machen. Dabei kann wiederum offenbleiben, ob vorliegend seitens der Beklagten durch die Verwendung einer unzulässigen Abschaltanlage gegen diese Vorschriften verstoßen wurde. Es handelt sich bei diesen Regelungen jeweils bereits nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, was vielmehr nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraussetzen würde, dass die betreffenden Normen auch dazu dienen sollen, den Einzelnen oder einzelne Personengruppen gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen, wofür es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf ankommt, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personengruppen gewollt oder doch mitgewollt hat, und wofür es nicht ausreichend ist, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm nur als ihr Reflex objektiv erreicht wird; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen (zu dieser allgemeinen Begriffsbestimmung siehe BGH, Urteil vom 23.07.2019 – VI ZR 307/18, juris Rn. 12, NJW 2019,

3003; Urteil vom 27.02.2020 – VII ZR 151/18, juris Rn. 34, NJW 2020, 1514; Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 73, NJW 2020, 1962).

a. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist geklärt, dass es sich bei den §§ 6, 27 EG-FGV nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt, die einen Käufer vor dem Erwerb eines nicht der Typgenehmigung entsprechenden Fahrzeugs schützen sollen (siehe BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 76, NJW 2020, 1962; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 16, NJW 2020, 2798; ebenso OLG Braunschweig, Urteil vom 20.06.2019 – 7 U 185/18, juris Rn. 132, NJW-RR 2019, 1421; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 – I-5 U 110/19, juris Rn. 57; OLG Frankfurt, Urteil vom 07.11.2019 – 6 U 119/18, juris Rn. 37, NJW-RR 2020, 476; OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2020 – 30 U 192/19, juris Rn. 53; OLG Koblenz, Urteil vom 21.10.2019 – 12 U 246/19, juris Rn. 81, WM 2019, 2222; OLG München, Beschluss vom 29.08.2019 – 8 U 1449/19, juris Rn. 78, NJW-RR 2019, 1497; Urteil vom 04.12.2019 – 3 U 2220/19, juris Rn. 54; OLG Stuttgart, Urteil vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 81 f., Justiz 2020, 256). In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof offengelassen, ob diese Bestimmungen möglicherweise das Interesse des Käufers eines Neuwagens an der (zügigen) Erstzulassung oder dasjenige des Käufers eines Gebrauchtwagens an dem Fortbestand der Betriebserlaubnis schützen sollen; das Interesse eines Fahrzeugkäufers aber, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liege nicht im Aufgabenbereich der Norm, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber mit den genannten Vorschriften (auch) einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts einzelner Käufer bezweckt und an die (auch fahrlässige) Erteilung einer inhaltlich unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung einen gegen den Hersteller gerichteten Anspruch auf (Rück-) Abwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags hätte knüpfen wollen (siehe BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 76, NJW 2020, 1962). Dem tritt der Senat bei, auch im vorliegenden Verfahren sind durch die Klägerin keine Umstände aufgezeigt worden, denen die Verfolgung solcher individualschützenden Zwecke durch die genannten Normen zu entnehmen wäre.

b. Ebenso hat der Bundesgerichtshof auch in Bezug auf die Regelungen des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 entschieden, dass das Interesse des Erwerbers eines Fahrzeugs, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, offensichtlich nicht im Aufgabenbereich dieser Bestimmung liegt (siehe BGH, Urteil vom

30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 16, NJW 2020, 2798; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 – I-5 U 110/19, juris Rn. 56; OLG Frankfurt, Urteil vom 07.11.2019 – 6 U 119/18, juris Rn. 40, NJW-RR 2020, 476; OLG Hamm, Urteil vom 02.09.2020 – 30 U 192/19, juris Rn. 54), so dass dieser Regelung nicht die Natur eines Schutzgesetzes zukommt, welches einen Käufer vor dem Erwerb eines nicht der Typgenehmigung entsprechenden Fahrzeugs schützen sollte. Auch dem tritt der Senat bei und insbesondere bedarf es nicht der Vorlage an den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV zur Klärung der Frage, ob Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 dahingehend auszulegen ist, dass dieser Norm eine solche individualschützende Funktion zukommen sollte (so auch BGH, a.a.O.; entgegen den Vorlagebeschlüssen in den Sachen LG Gera, Beschluss vom 30.08.2019 – 7 O 1188/18, juris Rn. 21 ff., ABI EU 2019, Nr C 399, 31; LG Stuttgart, Beschluss vom 13.03.2020 – 3 O 31/20, juris Rn. 41 ff., NJW-RR 2020, 667; Beschluss vom 18.09.2020 – 3 O 236/20, juris Rn. 48 ff.; siehe auch LG Erfurt, Beschluss vom 15.06.2010 – 8 O 1045/18, juris Rn. 13 ff., NJW 2020, 2432 (Ls.) (im Hinblick auf den Grundsatz des *effet utile*, dazu sogleich). Vielmehr ist die Rechtslage insoweit von vornherein eindeutig, so dass es nach den Grundsätzen des „*acte clair*“ eines Vorlageverfahrens nicht bedarf (hierzu allgemein EuGH, Urteil vom 06.10.1982 – Rechtssache 283/81, juris Ls., NJW 1983, 1257; BVerfG, Beschluss vom 28.08.2014 – 2 BvR 2639/09, juris Rn. 35, NVwZ 2015, 52).

Die Regelung des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 enthält Vorgaben für die Hersteller von Kraftfahrzeugen, wie diese in Bezug auf deren Emissionsverhalten auszurüsten sind. Nach den Erwägungsgründen der VO (EG) Nr. 715/2007 soll diese der Vollendung des Binnenmarktes (Erwägungsgründe 1, 27) sowie dem Umweltschutz, insbesondere der Verbesserung der Luftqualität (Erwägungsgründe 1, 4 bis 7), und der Senkung der Gesundheitskosten und dem Gewinn zusätzlicher Lebensjahre (Erwägungsgrund 7) dienen. Dagegen enthält die Verordnung keine Anhaltspunkte dafür, dass sie dem Schutz des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des einzelnen Fahrzeugewerbers dienen könnte (so auch BGH, a.a.O.; OLG Koblenz, Urteil vom 21.10.2019 – 12 U 246/19, juris Rn. 80, WM 2019, 2222; OLG München, Beschluss vom 29.08.2019 – 8 U 1449/19, juris Rn. 82, NJW-RR 2019, 1497; Urteil vom 04.12.2019 – 3 U 2220/19, juris Rn. 55 f.). Insbesondere überzeugt es nicht, eine solche Zielsetzung aus dem Umstand abzuleiten, dass die Verordnung in Erwägungsgrund 17 das Ziel angibt, dass Verbraucher objektive und genaue Informationen über den Kraftstoffverbrauch und Kohlendioxidemissionen erhalten sollen (hieraus dagegen auf Individualschutz schließend LG Stuttgart, Beschluss vom 18.09.2020 – 3 O 236/20, juris Rn. 52). Zum einen nennt der



Erwägungsgrund 17 bereits nicht die hier gegenständlichen Stickoxidemissionen, was nicht ohne weiteres als offenes Versehen des Normgebers ausgelegt werden kann (so aber LG Stuttgart, a.a.O.); zum anderen ist das Interesse der Verbraucher an objektiven und genauen Informationen allein im Hinblick auf die in Erwägungsgrund 17 genannte Einführung einheitlicher Verfahren für die Messung des Kraftstoffverbrauchs und der Kohlendioxidemissionen von Kraftfahrzeugen genannt, nicht dagegen als generelle Zielsetzung in Bezug auf die Vorgaben für die Hersteller zur Ausrüstung der von ihnen hergestellten Fahrzeuge.

Ebenso gebietet der Grundsatz einer möglichst wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*) nicht, dass die Regelungen des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 dahingehend ausgelegt werden müssten, dass ihre Nichtbeachtung mit einem individuellen Schadensersatzanspruch der betroffenen Fahrzeughersteller zu sanktionieren wäre (so auch BGH, a.a.O., juris Rn. 14; anders dagegen LG Stuttgart, a.a.O., juris Rn. 54). Vielmehr ist zu konstatieren, dass im vorliegenden Bereich eine wirksame Anwendung des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich bereits durch die öffentlich-rechtliche Aufsicht sichergestellt werden kann und es nicht lediglich hierzu der Schaffung zivilrechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten in Form individueller Schadensersatzansprüche der betroffenen Fahrzeughersteller bedürfte. Zum anderen ist zu beachten, dass mit dem Grundsatz des *effet utile* individuelle Schadensersatzansprüche einzelner gegen eine andere Privatperson wegen der Verletzung des Gemeinschaftsrechts nur dann zu begründen sind, wenn die jeweilige Gemeinschaftsrechtsposition gerade (auch) individuelle Rechte schützt (siehe BGH, a.a.O.): Der Individualschutz ist mithin Voraussetzung des Bestehens aus dem Grundsatz des *effet utile* herzuleitender Schadensersatzansprüche und es vermag dagegen nicht umgekehrt der Grundsatz des *effet utile* die individualschützende Natur einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts zu begründen.

4. Ebenso kann die Klägerin nicht mit Aussicht auf Erfolg das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 31 BGB geltend machen, da jedenfalls im Hinblick auf die Bereicherungsabsicht als notwendigem Bestandteil der subjektiven Merkmale des Betrugstatbestands das Vorliegen des Kriteriums der Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden nicht dargetan ist.

a. Wie der Bundesgerichtshof zur Frage der Haftung von Herstellern gegenüber Gebrauchtfahrzeugkäufern nach den § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 31 BGB auf der Grundlage der Geltendmachung der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen klargestellt hat, bedürfte es hierzu einer Stoffgleichheit der Vermögensseinbuße des Gebrauchtfahrzeugkäufers in Form der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert des erworbenen Fahrzeugs gegenüber dem vereinbarten und gezahlten Kaufpreis einerseits mit denkbaren Vermögensvorteilen andererseits, die ein verfassungsmäßiger Vertreter des Herstellers (§ 31 BGB) für sich oder einen Dritten erstrebt haben könnte (siehe BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 24, NJW 2020, 2798). Diese Stoffgleichheit ist in Bezug auf die Geltendmachung einer Haftung des Herstellers für den Verkauf gebrauchter Fahrzeuge nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht ersichtlich: Weder ziehen der Hersteller oder dessen verfassungsmäßige Vertreter selbst einen unmittelbaren Vorteil für sich aus dem Verkauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Gebrauchtfahrzeugverkäufer an die Gebrauchtfahrzeugerwerber, noch ist eine Bereicherung des Gebrauchtwagenverkäufers um den Differenzbetrag zwischen Wert und Kaufpreis des Fahrzeugs als notwendiges und beabsichtigtes Zwischenziel zur Erreichung eigener Ziele des Herstellers bzw. seiner verfassungsmäßigen Vertreter anzusehen, welche nach dem klägerischen Vorbringen im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Inverkehrbringen von Fahrzeugen mit unzulässiger Abschaltvorrichtung darin zu sehen sind, diese Fahrzeuge kostengünstiger als sonst möglich zu produzieren, möglichst viele von ihnen abzusetzen und damit ihren Gewinn zu erhöhen (siehe BGH, a.a.O., juris Rn. 25 f.). Wie der Bundesgerichtshof weiter ausführt, ist dieses Ziel mit dem Verkauf von Neuwagen zu erreichen und setzte nicht notwendig voraus, dass auch bei etwaigen späteren Zweit- oder Drittverkäufen desselben Fahrzeugs ein etwaiger über dem Wert des jeweiligen Fahrzeugs liegender Kaufpreis erneut realisiert würde, auch wenn es ein allgemeines Interesse des Herstellers an einem Gebrauchtwarenhandel mit von ihm hergestellten Fahrzeugen zu „guten“ Preisen gegeben haben mag (siehe BGH, a.a.O.).

Diese allgemeinen Erwägungen des Bundesgerichtshofs sind auch für den vorliegenden Fall anzuwenden; dem Vorbringen der Klägerin ist kein weitergehender Vortrag zur Frage der Stoffgleichheit als Merkmal der für den Tatbestand des Betrugs vorauszusetzenden Bereicherungsabsicht zu entnehmen, so dass es auch insoweit bereits an einer schlüssigen Darlegung der Voraussetzungen der Haftung der Beklagten mangelt.

b. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht weiter darauf an, dass auch in sonstiger Hinsicht dem Vorbringen der Klägerin nicht ein substantiierter Vortrag zum Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten nach den § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 31 BGB zu entnehmen ist.

aa. Soweit die Klägerin eine Täuschung durch die Verwendung einer Motorsteuerungseinrichtung geltend macht, die gerade darauf ausgerichtet war, die Situation eines Prüfmesstandes zu erkennen und mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gezielt so programmiert war, dass nur dann die gesetzlichen Abgasgrenzwerte eingehalten wurden, ist nach den obigen Ausführungen bereits nicht substantiiert dargetan, dass seitens der Beklagten eine solche auf eine Täuschung des Kraftfahrtbundesamts als der zuständigen Typgenehmigungs- und Marktaufsichtsbehörde ausgerichtete unzulässige Abschaltvorrichtung verwendet wurde.

bb. Fehlt es an der substantiierten Darlegung der Verwendung einer solchen gerade auf eine Täuschung des Kraftfahrtbundesamts ausgerichteten unzulässigen Abschaltvorrichtung, dann ist auch mit dem allgemeineren Vorbringen der Klägerin, dass aufgrund der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in dem streitgegenständlichen Motor die Beklagte über dessen Eignung zur Einhaltung der Emissionsgrenzwerte im Realbetrieb getäuscht habe, eine entsprechende Täuschungshandlung sowie ein hierauf bezogener Täuschungsvorsatz nebst Absicht der rechtswidrigen Bereicherung der Beklagten nicht dargetan. Der Annahme eines solchen Vorsatzes nebst einer Absicht der rechtswidrigen Bereicherung müsste vielmehr, selbst wenn in objektiver Hinsicht die Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Motor auch mit Blick auf die Ausnahmeregelung in Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 715/2007 unterstellt würde, entgegenstehen, dass diese Frage bislang sowohl von Gerichten wie von Aufsichtsbehörden vielfach im Sinne einer Zulässigkeit solcher Vorrichtungen beurteilt wurde (siehe die bereits oben zitierten Nachweise). Insbesondere wäre auch insoweit – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht vom Bestehen einer (sekundären) Darlegungslast der Beklagten auszugehen, wonach die Beklagte darlegen müsste, mit welchen Angaben ihre Entscheidungsträger die Verwendung des sogenannten Thermofensters gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt begründet und auf welcher Grundlage sie es für zulässig gehalten hätten: Vielmehr verbliebe es auch hier bei dem Grundsatz, dass die Klägerin die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen hat, was im Rahmen einer geltend gemachten Haftung nach den § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB auch den (jedenfalls bedingten, siehe BGH,

Urteil vom 17.10.1996 – 4 StR 389/96, juris Rn. 17, BGHSt 42, 268) Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung einschließt, und es handelt sich gerade nicht lediglich um die Frage einer nur ausnahmsweise möglichen Berufung der Beklagten auf einen Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund, für den die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet wäre.

cc. Hinsichtlich der weiter von der Klägerin geltend gemachten Täuschung seitens der Beklagten über die Funktion des On-Board-Diagnosesystems des streitgegenständlichen Pkw schließlich fehlt es bereits an jeglichem substantiierten Sachvortrag, der sich auf von der Beklagten hergestellte Fahrzeuge beziehe. Die Nennung des Namens eines anderen Herstellers im entsprechenden Sachvortrag in der Klageschrift (S. 15, unter Weglassung dieses Namens wurde der Vortrag dann im Übrigen wörtlich wiederholt in der Berufungsbegründung, dort S. 44) legt nahe, dass es sich hierbei lediglich um die Übernahme von Sachvortrag aus Verfahren zu anderen Sachverhalten und gegenüber anderen Hersteller aus einem anderen Konzern handelt, was nicht den Anforderungen an einen konkreten Sachvortrag genügt (vgl. hierzu im Kontext der Anforderungen an eine Berufungsbegründung BGH, Beschluss vom 21.07.2020 – VI ZB 68/19, juris Rn. 11, WM 2020, 1847). Die Klägerin lässt keinerlei Grundlage für ihre Behauptung erkennen, dass beim streitgegenständlichen Fahrzeug das Eingreifen einer Abschalt-einrichtung im On-Board-Diagnosesystem als Fehler hinterlegt sein müsste und dass dies tatsächlich nicht der Fall wäre.

5. Mangels Bestehens des Hauptanspruchs sind auch keine Erfolgsaussichten für die Berufung hinsichtlich der weiter geltend gemachten Ansprüche zu 2. und 3. zu erkennen.

6. Der Senat beabsichtigt, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss statt durch Urteil zu entscheiden, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch Urteil erfordern.

Der Klägerin wird Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb der im Tenor genannten Frist gegeben. Es wird darauf hingewiesen, dass bei Rücknahme der Berufung Gerichtsgebühren gespart werden können (Ermäßigung der Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen gemäß Nr. 1220, 1222 KV von 4,0 auf 2,0).

gez. Dr. Schromek

gez. Dr. Böger

gez. Dr. Kramer