



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 43/21 = 3 O 1296/19 Landgericht Bremen

Verkündet am 24.09.2021
gez. [...]
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[...]

Kläger,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [...]

gegen

Volkswagen AG, [...],

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 13.08.2021 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Pellegrino, den Richter am Landgericht Dr. Isenberg und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kramer für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 25.03.2021 wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten der Berufung trägt der Kläger.
3. Das Urteil des Senats und das Urteil des Landgerichts Bremen vom 25.03.2021 – 3 O 1296/19 – sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, eine Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, soweit nicht die Beklagte ihrerseits vor einer Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 51.356,67 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von der früheren Beklagten zu 2., gegen die allein sich die Klage in der Berufungsinstanz noch richtet (im Folgenden: Beklagte), Schadensersatz als Herstellerin des in dem von ihm erworbenen Pkw verbauten Dieselmotors.

Der Kläger erwarb am 06.07.2017 einen VW T6 Multivan 2.0 TDI, Euro 6, als Gebrauchtfahrzeug zum Preis von 46.880,- € bei einem Kilometerstand von 51.413. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten hergestellten Motor der Baureihe EA 288 ausgestattet. Das Datum der Erstzulassung ist der 25.08.2015. Der Kläger hat das Fahrzeug finanziert und begehrt Ersatz bisher geleisteter Zahlungen und Freistellung von der Pflicht, restliche Darlehensraten zu zahlen.

Für den Tatbestand im Übrigen und das weitere Vorbringen der Parteien in erster Instanz einschließlich der dort gestellten Anträge wird auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts Bremen vom 25.03.2021 Bezug genommen, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Kläger habe die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB nicht schlüssig dargelegt. Soweit er behauptete, dass die Motorsteuerung ebenso wie im Fall des Vorgängermotorenmodells EA 189 eine Abschaltvorrichtung aufweise, die anhand einer Prüfstandserkennung die Abgasrückführung nur im Prüfstandsbetrieb aktiviere, im realen Betrieb diese Abgasrückführung aber deaktiviere, so fehle es an jedem konkreten Anhaltspunkt für diese Behauptung. Aus dem Bericht der

Untersuchungskommission „Volkswagen“ des Bundesministeriums für Verkehr (BMVi) ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass in dem Motor EA 288 eine solche unzulässige Abschaltvorrichtung zum Einsatz komme; der Bericht komme vielmehr zur gegenteiligen Schlussfolgerung. Es gäbe auch keine entsprechende Beanstandung durch das Kraftfahrtbundesamt (KBA) oder das BMVi. Die bloße Beanstandung der Nichtkonformität, die dem Rückruf im Jahr 2019 zu Grunde gelegen habe, spreche im Übrigen gegen die Annahme, dass das KBA sich im Typengenehmigungsverfahren getäuscht sehen könnte. Auch die vom Kläger angeführten Unterlagen aus dem Hause der Beklagten lägen dem KBA seit 2015 vor. Das KBA habe sich gleichwohl nicht veranlasst gesehen, Maßnahmen zu ergreifen. Angesichts dessen drohe auch keine Betriebsbeschränkung oder –untersagung.

Auch die Darstellung, dass die Abgasrückführung außerhalb eines Thermofensters reduziert bzw. deaktiviert werde, reiche zur Begründung eines Schadensersatzanspruches aus § 826 BGB selbst dann nicht aus, wenn man zugunsten des Klägers unterstelle, dass diese Steuerung eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG darstelle. Weitere Umstände, derer es bedürfe, um das Inverkehrbringen solcher Motoren als besonders verwerflich und damit als sittenwidrig erscheinen zu lassen, habe der Kläger nicht dargelegt. Er habe keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür angeführt, die den Rückschluss auf einen bei der Beklagten bestehenden Schädigungsvorsatz zuließen. Die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe im Typengenehmigungsverfahren entgegen Art. 3 Nr. 9 UAbs. 3, 4 VO 692/2008/EG keine Angaben zur Funktionsweise des AGR-Systems bei niedrigen Temperaturen und zu deren Auswirkungen auf die Emissionen gemacht, lasse den Schluss darauf, dass der Handelnde einen in der Abschaltvorrichtung etwaig liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nehme, nicht zu. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass fehlende Angaben auf Fahrlässigkeit beruhten, zumal die Beklagte der Meinung gewesen sein könnte, ihre Angaben dazu, ob die Abgasnachbehandlungseinrichtungen nach einem Kaltstart bei -7 °C in ausreichend kurzer Zeit den Betrieb aufnehmen, seien zur Erfüllung der geforderten Auskünfte ausreichend. Unzutreffende Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems stünden nicht in Rede. Dies gelte umso mehr, als die Beklagte unwidersprochen dargelegt habe, dass sie, auch ohne hierzu verpflichtet gewesen zu sein, eine BES/AES-Dokumentation beim KBA nachgereicht habe.

Hinsichtlich der vom Kläger behaupteten Täuschung über die Funktion des OBD fehle es an jedem substantiierten Sachvortrag.

Gegen dieses Urteil, das dem Kläger am 26.03.2021 zugestellt worden ist, wendet sich dieser mit seiner Berufung vom 22.04.2021, die am selben Tag bei Gericht eingegangen ist und die der Kläger innerhalb der mit Verfügung vom 25.05.2021 verlängerten Frist des § 520 Abs. 2 ZPO begründet hat. Der Kläger verfolgt sein ursprüngliches Prozessziel uneingeschränkt weiter. Das Landgericht habe verkannt, dass ein Verschweigen der eingesetzten Abschaltvorrichtungen hinreichende Anhaltspunkte für einen Schädigungsvorsatz begründe und dass die Beklagte gehalten gewesen wäre, sich dadurch zu exkulpieren, dass sie darlege, dass sie das Thermofenster bzw. alle Abschaltvorrichtungen im Typengenehmigungsverfahren offengelegt habe. Der Kläger wiederholt sein Vorbringen zu den Angaben der Beklagten im Genehmigungsverfahren und führt an, dass diese seinerzeit nur allgemein erklärt habe, dass die Abgasrückführung sich nach der Außentemperatur richte. Zugleich habe sie aber keine ergänzenden, gemäß Art. 3 Nr. 9 VO 692/2008/EG zwingend erforderlichen Angaben zum Funktionieren des AGR-Systems bei niedrigen Temperaturen sowie zu etwaigen Auswirkungen niedriger Temperaturen auf die Emissionen gemacht. Obwohl der Kläger solche Angaben der Beklagten im Typengenehmigungsverfahren bestritten habe, habe diese nichts hierzu vorgetragen. Ohne diese zusätzlichen Angaben habe die Beklagte aber wenigstens konkludent gegenüber der Typengenehmigungsbehörde erklärt, dass die außenluftabhängige Steuerung des Abgasrückführungssystems keine Auswirkungen auf die Emissionen bei niedrigen Temperaturen habe. Darin liege aber eine Täuschung des KBA.

Die Auslegung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen sei auch so eindeutig, dass die Beklagte sich nicht auf einen Verbotsirrtum berufen könne.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil des Landgerichts abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen,

an den Kläger 17.531,06 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und den Kläger von den noch bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber der X-Bank aus dem Darlehensvertrag Nr. [...] in Höhe von derzeit noch 33.825,61 € freizustellen, Zug-um-Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeuges VW Multivan mit der FIN [...] und

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

Die Beklagte beantragt unter Verteidigung des angefochtenen Urteils,
die Berufung zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Beklagten entfalte die erteilte Typengenehmigung Tatbestandswirkung, die der Annahme eines Schadens in Form des Inverkehrbringens eines solchen festgestelltermaßen legalen Motors entgegenstehe.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Das Landgericht geht zutreffend davon aus, dass eine – allein in Betracht kommende – vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Klägers im Sinne des 826 BGB nicht schlüssig dargelegt worden ist.

1. Soweit das Landgericht angenommen hat, dass der Kläger keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorgetragen habe, dass in dem Fahrzeug eine Abschaltvorrichtung Verwendung finde, wie sie auch im Motor des Typs EA 189 zum Einsatz gekommen sei, so ist dies zumindest im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Mit der Berufung macht der Kläger geltend, dass in erster Instanz unstreitig geblieben sei, dass auch in der Motorsteuerung des EA 288 eine Fahrkurvenerkennung zum Einsatz komme, anhand derer erfasst werde, ob das Fahrzeug auf dem Prüfstand betrieben werde und dass für den Prüfstandsbetrieb Einfluss auf die AdBlue-Einspritzung genommen werde. Zum Beleg verweist der Kläger auf von ihm vorgelegte interne Unterlagen der Beklagten (Anlage K13) sowie darauf, dass ein Sachverständiger in Presseberichten aus diesen Unterlagen Anhaltspunkte für eine täuschende Abschaltvorrichtung entnommen habe.

- a) Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass eine solche Programmierung der Motorsteuerung, die anhand der Fahrkurvenerkennung die Abgasreinigung nur im Prüfzyklus optimiert, geeignet sein könnte, einen Anspruch des Klägers aus § 826 BGB zu begründen.

- aa) Objektiv sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im

Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 15, NJW 2020, 1962 m.w.N.).

Der Bundesgerichtshof hat es in den Entscheidungen zum ebenfalls von der Beklagten hergestellten Motor des Typs EA 189, der der Vorgängermotor zum hier streitgegenständlichen Modell ist, als sittenwidrig angesehen, dass der Hersteller eines Kraftfahrzeuges auf der Grundlage einer für seinen Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch, langjährig und in Bezug auf den Dieselmotor der Baureihe EA189 in siebenstelligen Stückzahlen in Deutschland Fahrzeuge in Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Damit ging einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 16, NJW 2020, 1962; vgl. auch BGH, 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 26.01.2021 – VI ZR 405/19, juris Rn. 12 f., ZIP 2021, 368).

bb) Gemessen hieran ist der Vortrag des Klägers, auch im vorliegenden Fall werde anhand einer Fahrkurvenerkennung von der Motorsteuerung erfasst, dass sich der

Wagen im Prüfstandsbetrieb befinde und dass nur für diesen Prüfstandsbetrieb die AdBlue-Einspritzung in den SCR-Katalysator erhöht werde, – wie auch das Landgericht meint – im Ausgangspunkt geeignet, einen Schadenersatzanspruch des Klägers aus § 826 BGB zu begründen.

b) Es kann offenbleiben, ob die Auffassung des Landgerichts zutrifft, dass der Kläger keine hinreichenden Anhaltspunkte für seine Behauptung dargelegt habe, an die Fahrkurvenerkennung knüpfe eine Optimierung der Abgasreinigung im Prüfstandsbetrieb an. Zweifeln begegnet dies zumindest deshalb, weil der Kläger darauf hinweist, dass laut eines Presseberichtes des SWR ein Sachverständiger die internen Unterlagen der Beklagten, die auch das Landgericht als irreführend bezeichnet hat, dahin gedeutet habe, dass eine Prüfstandserkennung vorliege und auf die AdBlue-Einspritzung Einfluss nehme (Bl. 154, Tagesschau vom 12.09.2019).

Denn selbst wenn man dies anders sehen wollte, so bleibt die Klage mangels Darlegung eines täuschenden Verhaltens der Beklagten un schlüssig.

aa) Im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung ist das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 30, NJW 2020, 2798). Ausgehend hiervon ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in einer anderen Konstellation – in Bezug auf den Motor EA 189 – die objektive Sittenwidrigkeit des Inverkehrbringens einer Motorsteuerung, die auf Täuschung der Zulassungsbehörden gerichtet war und die Arglosigkeit der Käufer ausnutzte und diese zugleich in die Gefahr der Betriebsuntersagung der von ihnen erworbenen Fahrzeuge brachte, dadurch entfallen, dass die Beklagte durch Veröffentlichung einer entsprechenden Mitteilung gegenüber der Öffentlichkeit wesentliche Elemente, die ihr bisheriges Verhalten gegenüber bisherigen Käufern von Fahrzeugen mit Dieselmotoren der Baureihe EA189 als besonders verwerflich erscheinen ließen, derart relativiert hat, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bezogen auf ihr Gesamtverhalten gegenüber den Käufern der Fahrzeuge und im Hinblick auf den Schaden, der diesen durch den Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags entstanden sein könnte, nach Veröffentlichung der Mitteilung nicht mehr gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 32 ff., NJW 2020, 2798; Urteil vom 08.12.2020 - VI ZR 244/20, juris Rn. 14 ff., ZIP 2021, 84; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 15 ff.).

Gleiches muss aber dann gelten, wenn die Beklagte gegenüber der Typengenehmigungsbehörde den hier in Rede stehenden Einsatz der Fahrkurvenerkennung mit Auswirkungen auf die AdBlue-Dosierung nur im Prüfstandsbetrieb offenlegt. In diesem Fall entfällt bereits in objektiver Hinsicht die Täuschung der Zulassungsbehörden zur Vorspiegelung der Einhaltung der NOx-Grenzwerte und damit ein wesentliches Element, welches eine Sittenwidrigkeit des Handelns der Beklagten begründete. Dies hat zur Folge, dass jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Offenlegung ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nicht mehr in Betracht kommt, selbst wenn man die vom Kläger behauptete Dosierungsstrategie feststellen würde und diese auch als unzulässige Abschaltvorrichtung ansehen wollte.

bb) Vorliegend ist es aber unstreitig geblieben und so vom Landgericht auch festgestellt worden, dass die Beklagte die Unterlagen, die eine Fahrkurvenerkennung und eine daran geknüpfte Beeinflussung des Emissionskontrollsystems abhängig von Prüfstandsbetrieb belegen sollen, dem KBA im November 2015 zur Verfügung gestellt hat. Dann aber hat die Beklagte etwaige Abschaltvorrichtungen, sollten sie sich aus diesen Unterlagen ergeben, vor Abschluss des in Rede stehenden Kaufvertrages gegenüber der Typengenehmigungsbehörde offengelegt und damit jedenfalls eine etwaige Täuschung der Genehmigungsbehörde beendet, so dass ein etwaig sittenwidriges Gepräge des Handelns der Beklagten jedenfalls ab November 2015 entfallen wäre.

Auch aus der amtlichen Auskunft des KBA vom 11.02.2021 gegenüber dem Oberlandesgericht Oldenburg, die die Beklagte vorgelegt hat, folgt, dass die Fahrkurvenerkennung dort bekannt gewesen ist und auf seine Genehmigungsfähigkeit überprüft worden ist.

2. Ebenso begegnet es keinen Bedenken, dass das Landgericht angenommen hat, dass allein die unstreitige Verwendung einer außertemperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit der darin liegenden Abschaltvorrichtungen den Vorwurf des sittenwidrigen Verhaltens nicht begründen kann. Denn eine solche von äußeren Bedingungen abhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht mit der Verwendung der Prüfstandserkennungssoftware zu vergleichen, die die Beklagte in dem Vorgängermotor EA 189 zunächst zum Einsatz gebracht hatte. Denn eine solche temperaturabhängige Steuerung zielt nicht auf die arglistige Täuschung der Typengenehmigungsbehörde ab und steht auch nicht einer unmittelbaren arglistigen

Täuschung der Fahrzeugewerber gleich (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 17 f., NJW 2021, 921; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 27, WM 2021, 652). Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen entspricht die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 27, WM 2021, 652).

Selbst wenn man also unterstellt, dass eine solche temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist, wäre der Vorwurf des sittenwidrigen Verhaltens gegenüber der Beklagten daher nur dann gerechtfertigt, wenn zu einem solchen unterstellten Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Dies kann dann gegeben sein, wenn diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Hierfür trägt der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 19, NJW 2021, 921; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 28 f., WM 2021, 652; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 13, WM 2021, 1609).

Allein die rechtliche Bewertung des Klägers, die Rechtsauffassungen der Beklagten – und des Kraftfahrtbundesamtes – seien unvertretbar, reicht für eine solche Feststellung, dass die für die Beklagte bei der Entwicklung handelnden Personen in dem Bewusstsein des Rechtsverstoßes gehandelt hätten, aber nicht aus. Für die Feststellung eines solchen subjektiven Momentes bedarf es vielmehr des Nachweises konkreter Indizien. Jedenfalls im Ergebnis ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe nur unvollständige Angaben im Typengenehmigungsverfahren zur Arbeitsweise der Abgasrückführung insbesondere bei niedrigen Temperaturen und zu den Auswirkungen niedriger Temperaturen auf die Emissionen gemacht, nicht ausreichend ist, um darzulegen, dass die für die Beklagten handelnden Personen ein Thermofenster im Bewusstsein dessen Unzulässigkeit in die Motorsteuerung implementiert hätten. Denn nach dem eigenen Vorbringen des Klägers hat die Beklagte im Typengenehmigungsverfahren die Außentemperaturabhängigkeit der Abgasrückführung offengelegt. Bereits angesichts dessen kann aber aus den Angaben der Beklagten im Typengenehmigungsverfahren

nicht mehr auf ein arglistiges Handeln geschlossen werden. Denn den maßgeblichen Umstand, der die Rechtswidrigkeit des Thermofensters nach Auffassung des Klägers begründen soll, hat die Beklagte gegenüber dem KBA gerade nicht verschwiegen. Selbst wenn die Angaben der Beklagten im Übrigen nicht vollständig gewesen sein sollten, so ließe dies den Rückschluss darauf, dass den für die Beklagten handelnden Personen die Rechtswidrigkeit dieses Thermofensters bewusst gewesen sei, nicht mehr zu, denn durch den Hinweis auf das Thermofenster hat die Beklagte die Genehmigungsbehörde in die Lage versetzt, selbst zu beurteilen, ob es für die Genehmigungsfähigkeit auf weitere Angaben ankommt oder nicht. Arglist lässt sich aus einem solchen Handeln jedenfalls nicht ableiten.

Hinzu kommt, dass der Kläger nicht mehr hinreichend auf die Darstellung der Beklagten reagiert hat, dass diese die Arbeitsweise der Abgasreinigung ausführlich anhand einer BES/AES-Dokumentation gegenüber dem KBA überobligatorisch offengelegt habe. Zwar hat der Kläger diese Darstellung der Beklagten entgegen der Ansicht des Landgerichts in I. Instanz durchaus bestritten. An die anderslautende Feststellung des Landgerichts in dem Urteil ist der Senat nicht gemäß § 314 ZPO gebunden, da dem Tatbestand keine Beweiskraft zukommt, soweit er aus dem Urteil selbst ersichtlich Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten aufweist (vgl. Zöller-Feskorn, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 314 Rn. 6). Mit der Feststellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils, der Kläger sei dem Vorbringen der Beklagten „soweit ersichtlich“ nicht entgegengetreten, wird im Unklaren gelassen, ob das Vorbringen der Beklagten bestritten worden ist oder nicht. Jedoch wäre der Kläger, der für die Tatsachen, auf die er den Rückschluss auf einen bewussten Gesetzesverstoß stützen will, darlegungs- und beweibelastet ist, gehalten gewesen, der Darstellung der Beklagten, sie habe dem KBA eine solche ausführliche BES/AES-Dokumentation nachgereicht, in substantiiertes Weise entgegen zu treten; der pauschale Vortrag jedenfalls, eine Abschaltvorrichtung sei im Typengenehmigungsverfahren verschwiegen worden, reicht nicht aus, wenn der Hersteller vorträgt, dass im Typengenehmigungsverfahren die Parameter der Steuerung des Emissionskontrollsystems offen gelegt worden seien (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20 –, Rn. 17, juris).

3. Auch die Behauptung des Klägers, dass das in der Motorsteuerung zur Anwendung kommende Thermofenster entgegen der Darstellung der Beklagten in Wahrheit viel enger gefasst sei, eine uneingeschränkte Abgasnachbehandlung nur in dem Außentemperaturbereich von 20-30 °C vorsehe und auf diese Weise exakt auf die

Rahmentemperaturen des NEFZ zugeschnitten sei, ist nicht geeignet, einen Schadensersatzanspruch des Klägers schlüssig zu begründen.

Selbst wenn man unterstellt, dass darin eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG liege und wenn man zudem annehmen wollte, dass der objektive Zuschnitt dieses Thermofensters auch den Schluss darauf zuließe, dass die für die Beklagte handelnden Personen, die mit der Entwicklung eines solchen Thermofensters befasst gewesen seien, sich der Unzulässigkeit eines solchen exakt auf den Prüfstand zugeschnittenen Thermofensters bewusst gewesen sein müssten, so bleibt das Vorbringen auf tatsächlicher Ebene ohne Substanz.

a) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist 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. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat (BGH, Beschluss vom 12.09.2012 - IV ZR 52/14, juris Rn. 27, NJW-RR 2017, 22). Einer Partei ist es 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. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich - wie hier der Kläger - 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, Urteil vom 26.03.2019 - VI ZR 163/17, juris Rn. 13, VersR 2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 - VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, juris Rn. 21, WM 2021, 1609 jeweils m.w.N.). Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2003 - IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Urteil vom 26.03.2019 - VI ZR 163/17, juris Rn. 13, VersR

2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 7, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 21, WM 2021, 1609 jeweils m.w.N.).

b) Ausgehend hiervon bleibt die Behauptung des Klägers, das von der Beklagten in die Motorsteuerung eingefügte Thermofenster zur außentemperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung sehe eine uneingeschränkte Abgasrückführung nur in dem Temperaturbereich zwischen 20 – 30 °C vor, unsubstantiiert. Zwar mag der Kläger, soweit er geltend macht, dass eine unzulässige Abschalteneinrichtung verwendet werde, im Allgemeinen nicht gehalten sein, deren genaue technische Funktionsweise darzulegen (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 9, NJW 2020, 1740). Anders liegt es jedoch, wenn der Kläger die konkrete technische Funktionsweise auch zum Beleg für arglistiges Handeln der Beklagten heranzieht. In diesem Fall verlangt die Schlüssigkeit des Klagevorbringens die prozessual beachtliche Darlegung eben dieser Ausgestaltung der Abschalteneinrichtung (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. Mai 2021 – 6 U 15/20 –, Rn. 87, juris). So liegt es hier. Man mag in Betracht ziehen, dass der behauptete Zuschnitt des Thermofensters exakt auf die Rahmenbedingungen des NEFZ eine Täuschungsabsicht belegen könnte. Ebenso könnte man auf die Erwägung abstellen, dass ein vom Kläger angeführtes eng gefasstes Thermofenster verschwiegen worden sein müsse, wenn die Beklagte selbst vorträgt, (nur) ein deutlich weiter gefasstes Thermofenster zur Anwendung gebracht und offen gelegt zu haben. Beide Erwägungen setzen voraus, dass der Kläger konkrete Anhaltspunkte für eben den von ihm behaupteten engen Zuschnitt des Thermofensters darlegt.

Konkrete Anhaltspunkte für ein solch eng gefasstes Thermofenster, wie es der Kläger anführt, sind aber nicht ersichtlich. Der vom Kläger angeführte Rückruf des Fahrzeuges wegen einer Konformitätsabweichung lässt nicht erkennen, dass er wegen eines vermeintlich unzulässigen Thermofensters dieses Zuschnitts erfolgt sein solle. Auch die angeführten Messungen der DUH sind hierzu unergiebig. Sie beziehen sich auf ein anderes Fahrzeug mit einem Motor der Baureihe EA 288 mit einer anderen Schadstoffklasse (Euro 5). Außerdem belegen die Messungen nur Diskrepanzen zwischen den Schadstoffemissionen im Prüfstand und im tatsächlichen Betrieb, aus denen sich aber kein Anhalt für die behauptete Verwendung der konkreten Steuerungsstrategie ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20 –, juris Rn. 23, WM 2021, 1609). Im Übrigen zeigen die Messungen der DUH zwar einen signifikanten Anstieg der NO_x-Emissionen, je niedriger die Außentemperaturen ausfallen, jedoch belegt auch dies nicht die Verwendung eines Thermofensters des

behaupteten konkreten Zuschnitts. Auch im Übrigen hat der Kläger weder in I. Instanz noch in der Berufung konkrete Anhaltspunkte dafür aufgezeigt, die dafür sprechen könnten, dass in der Motorsteuerung seines Fahrzeuges tatsächlich eine so eng gefasste außertemperaturabhängige Steuerung der Abgasnachbehandlung zum Einsatz kommt, wie vom Kläger beschrieben.

4. Weitergehende Ansprüche bestehen nicht. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 Abs. 1 StGB scheitert an der fehlenden der Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 17 ff., NJW 2020, 2798). Ein Schadensersatzanspruch folgt auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007. Das – auch hier geltend gemachte – Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt nicht im Aufgabenbereich der Norm (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316, juris Rn. 76; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 11 ff., NJW 2020, 2798).

Mangels Zahlungsanspruches befindet sich die Beklagte auch nicht in Annahmeverzug mit der angebotenen Zug-um-Zug-Leistung.

Angesichts dessen war die gegen die Klageabweisung gerichtete Berufung als unbegründet zurückzuweisen.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO.

gez. Dr. Pellegrino

gez. Dr. Isenberg

gez. Dr. Kramer