

Titel:

Versuch der Ausweitung des Dieselskandals auf andere Hersteller - hier: BMW

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

EU-VO Nr. 715/2007 Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2

AEUV Art. 267 Abs. 3

AEV Art. 277

GKG § 47, § 48

Leitsätze:

1. Eine „unzulässige Abschaltvorrichtung“ i.S.v. Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 liegt nur vor, wenn (1) ein „Konstruktionsteil“ im genau zu bezeichnenden Motor des jeweiligen Fahrzeugs vorhanden ist, (2) das in bestimmten, genau zu bezeichnenden Umwelt- oder Fahrsituationen die Abgasreinigung reduziert oder abschaltet, und (3) dies nicht notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. (Rn. 27 – 29)

2. Die Umstände gem. (1) und (2) muss der Anspruchsteller voll darlegen und ggf. auch nachweisen. Zur Abgrenzung von grundsätzlich unbeachtlichem Vortrag ins Blaue muss er hierfür auch greifbare Anhaltspunkte aufzeigen. Auch zum Bereich (3) wird man zunächst zumindest eine allgemeine Darlegung des Anspruchstellers mit entsprechenden greifbaren Anhaltspunkten erwarten müssen. Erst dann kann den beklagten Autohersteller im Einzelfall eine sekundäre Darlegungslast zur technischen Notwendigkeit einer Abschaltvorrichtung treffen. Die Beweislast für die fehlende technische Notwendigkeit trifft dann wieder den Anspruchsteller. (Rn. 30 – 42)

3. Dass eine Abschaltvorrichtung, die dazu dient, bei erkanntem Prüfstandbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen (sog. „Manipulationssoftware“; hier nicht hinreichend vorgetragen), in diesem Sinne unzulässig wäre, liegt zwar auf der Hand. Der Streit um Zulässigkeit und Größe eines sog. „Thermofensters“ (hier ebenfalls nicht hinreichend vorgetragen) würde dagegen einen Expertenstreit darstellen, für den andere Darlegungsanforderungen gelten. Das hat auch Rückwirkungen auf Darlegung und Nachweis des Vorsatzes in der jeweiligen Fallgestaltung. (Rn. 104 – 120)

Schlagworte:

Abgasskandal, Darlegungs- und Beweislast, BMW, unzulässige Abschaltvorrichtung, Softwaremanipulation, Prüfstandbetrieb, Schädigungsvorsatz, Thermofensters

Vorinstanzen:

OLG München, Beschluss vom 22.08.2019 – 8 U 1449/19

LG München I, Endurteil vom 21.02.2019 – 26 O 8167/18

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe vom -- – VI ZR 389/19

Fundstellen:

BeckRS 2019, 19592

WM 2019, 1937

LSK 2019, 19592

NJW-RR 2019, 1497

ZIP 2019, 2359

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 21.02.2019, Az. 26 O 8167/18, wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Dieser Beschluss sowie das in Ziff. 1 genannte Urteil des Landgerichts München I sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 45.000 € festgesetzt.

Gründe

Tatsächliche Feststellungen

1

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Fahrzeugs wegen dort angeblich verbauter unzulässiger Abschaltvorrichtungen.

2

Der Kläger erwarb am 09.12.2016 von einem BMW - Vertragshändler ein Neufahrzeug der Marke Pkw BMW Typ 420d zum Preis von 48.206 €. Mit Schreiben vom 13.04.2018 hat er den Kaufvertrag angefochten und den Rücktritt von diesem erklärt.

3

Der Kläger vertritt die Rechtsauffassung, die Beklagte hafte ihm auf Schadensersatz aus Delikt, da diese bzw. deren verfassungsmäßig berufene Vertreter (bzw. Mitarbeiter der Beklagten, für die diese kraft Organisationsverschulden hafte) sittenwidrig und vorsätzlich dafür Sorge getragen hätten, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine durch Einsatz von sog. Manipulationssoftware - „ein ähnliches System wie es die V. AG entwickelte und die die in den Medien als „Dieselgate“ bezeichnete Krise bei Volkswagen auslöste“ (Bl. 6) - unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut worden sei, die zum Überschreiten der gesetzlichen Abgasgrenzwerte führe. Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 07.02.2019 behauptete er nach Schluss der mündlichen Verhandlung erstinstanzlich zudem, dass in dem Fahrzeug auch eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form eines unzulässigen Thermofensters in deliktisch relevanter Weise eingebaut worden sei (zur Chronologie des klägerischen Vortrages, s. a. Schriftsatz der Beklagten vom 19.02.2019, Bl. 113/ 121).

4

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird gemäß § 540 I Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts München I vom 21.02.2019 Bezug genommen. Änderungen oder Ergänzungen haben sich nur insoweit ergeben, als der Klägervorteiler mit Schriftsatz vom 19.08.2019 (Bl. 248) erstmals vorträgt, dass ihm die „Tatsachen“ gemäß Schriftsatz vom 07.02.2019 erst mit Zugang des am 17.01.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Stuttgart, mithin nach Schluss der mündlichen Verhandlung, bekannt geworden seien. Eine Verspätung sei nicht anzunehmen, da der Vortrag offensichtlich unverschuldet spät erfolgt sei. Gleiches gelte für den Vortrag zu technischen Ausführungen und Messwerten in dem Schriftsatz vom 05.06.2019, die ihm erst kurz zuvor nach Verhandlungen mit der Deutschen Umwelthilfe von dieser zur Verfügung gestellt worden seien.

5

Das Erstgericht hat die Klage durch das angefochtene Urteil, auf das Bezug genommen wird, abgewiesen. Der Kläger habe hinsichtlich etwaiger deliktischer Ansprüche im Zusammenhang mit dem behaupteten Einsatz einer sog. Manipulationssoftware/ Überschreiten der gesetzlichen Abgasgrenzwerte schon nicht schlüssig und substantiiert vorgetragen. Insbesondere genüge hierfür der letztlich pauschale, einer General- und Vorverurteilung gleichkommende Vortrag, der nicht nach den verschiedenen Herstellern von Diesel-Pkws und innerhalb einer Produktpalette eines Herstellers nicht nach verschiedenen Modellen differenziere, den Anforderungen der ZPO nicht. Zudem seien auch keine tauglichen Beweismittel vorgelegt bzw. angeboten. Die in Bezug genommenen Presseartikel/ Veröffentlichungen betrafen nur teilweise die Beklagte und derartige pauschale Bezugnahmen könnten in einem Zivilprozess konkrete, fallbezogene Tatsachenbehauptungen nicht ersetzen. Ein Beweiswert könne auch dem vorgelegten Wikipedia- Eintrag zu

„BMW N47“ vorliegend nicht beigemessen werden. Der vorgelegte Untersuchungsbericht der D. sei ungeeignet zum Beweis der klägerseits behaupteten Manipulationen, auch da hier Messwerte eines anderen PKW betroffen seien. Gleiches gelte für die Testergebnisse gemäß Anlage K 7. Dem Beweisangebot auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung sei nicht nachzugehen, da es sich dabei um einen reinen Ausforschungsbeweis handele. Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung habe aufgrund des nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatzes des Klägers vom 07.02.2019 nicht bestanden, da sich auch daraus kein substantiierter Vortrag zu einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, auch nicht in Form eines sog. Thermofensters, ergebe.

6

Hiergegen wendet sich die Berufung des Klägers, die u.a. rügt (Bl. 145/ 162), dass sein Vortrag zu Unrecht als nicht schlüssig und substantiiert behandelt worden sei, da er hinreichend konkret zu einer illegalen Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Pkw unter Antritt von Zeugen- und Sachverständigenbeweis vorgetragen habe. Seinen Beweisangeboten auf Einvernahme der Zeugen J., B., Dr. T., Sch., M., Dr. B. und M. sei zu Unrecht nicht nachgegangen worden. Auch sei ein Hinweis seitens des Gerichts zu einem nicht ausreichenden Klagevortrag nicht erfolgt. Bei dem zum Beweis angebotenen Sachverständigengutachten handele es sich nicht um einen Ausforschungsbeweis. Auch sei die Beweiswürdigung des Erstgerichts fehlerhaft, da es sich mit den vorgelegten Anlagen/ Messungen nicht korrekt auseinander gesetzt habe. Auch zu der Thematik Thermofenster und konkret zur „Optimierung der Thermofenster in dem hier verbauten Motor N47“ (Bl. 155) sei hinreichend vorgetragen. Dabei handele es sich, wie von diversen Erstgerichten bereits festgestellt, auch um eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Unter Berufung auf Rechtsprechung zum Dieselskandal bezüglich eines anderen Autoherstellers rügt der Kläger zudem fehlerhafte Feststellungen zur Zurechnung und der Kenntnis des Vorstandes.

7

Im Berufungsverfahren verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge weiter und beantragt (Bl. 145f) unter Abänderung des Ersturteils,

I. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei EURO 41.888,81 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 25.07.2018 zu bezahlen, Zug - um - Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des Pkw BMW Typ 420 d FIN: ...

II. die Beklagte zu verurteilen, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 1.564,26 freizustellen.

8

Die Beklagte beantragt (Bl. 165),

die Berufung als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

9

Mit Hinweisbeschluss des Senats vom 11.07.2019 (Bl. 202/ 236), auf den Bezug genommen wird, wurde der Kläger unter Fristsetzung zum 19.08.2019 darauf hingewiesen, dass und warum der Senat beabsichtigt, seine Berufung gemäß § 522 II ZPO als unbegründet zurückzuweisen. Hierauf hat der Kläger mit Schriftsatz vom 23.07.2019 (Bl. 237/ 240) beantragt, die am Hinweisbeschluss beteiligten Richter u.a. wegen etwaigem Bestehen persönlicher Verbindungen zweier Senatsmitglieder zur Beklagten und wegen Verstoßes gegen das rechtliche Gehör wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Über den Antrag wurde mit Beschluss des OLG München vom 22.08.2019 (Bl. 261/ 266) entschieden. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 19.08.2019 (Bl. 247/ 260) inhaltlich zum Hinweisbeschluss Stellung genommen.

10

Ergänzend wird auf die von den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Begründung

11

Die zulässige Berufung des Klägers ist im Beschlusswege als unbegründet zurückzuweisen, da sämtliche Voraussetzungen hierfür gemäß § 522 II ZPO vorliegen.

Zulässigkeit der Berufung

12

Die Berufung des Klägers ist zulässig, war mithin nicht, wie von der Beklagten beantragt, gemäß § 522 I ZPO zu verwerfen.

13

§ 520 III 2 Nr. 2 ZPO verlangt für die Berufungsbegründung „die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt“. Die Vorschrift dient dem Zweck, eine Klarstellung und Konzentration des Streitstoffs für die Berufungsinstanz zu erreichen. Eine Berufungsbegründung bedarf deshalb einer aus sich heraus verständlichen Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Sie muss auf den konkreten Streitfall zugeschnitten sein (BGH, Beschluss v. 27.01.2015, Az.: VI ZB 40/ 14, NJW-RR 2015, 511; Beschluss v. 28.07.2016, Az.: III ZB 127/ 15). Für die erforderliche Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen der angefochtenen Entscheidung reicht es nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch den Erstrichter mit formelhaften Wendungen zu rügen, lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder dieses zu wiederholen (BAG NZA 2005, 597, 598). Es ist vielmehr klar anzugeben, gegen welche Ausführungen des Urteils der Angriff sich richtet und wie er begründet wird (BGH NJW-RR 2007, 1363). Eine Berufungsbegründung, die sich weitgehend aus Textbausteinen zusammensetzt, die andere Rechtsstreitigkeiten betreffen, genügt diesen Anforderungen nicht (BGH, Beschluss vom 27.05.2008, Az.: XI ZB 41/06).

14

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist von einer hinreichenden Berufungsbegründung auszugehen, da der Kläger verdeutlicht, dass er die rechtliche Würdigung des Erstgerichts aus verschiedenen Gründen umfassend angreift.

15

Offensichtliche Aussichtslosigkeit der Berufung, § 522 II Nr. 1 ZPO Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 21.02.2019 hat aber offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, § 522 II Nr. 1 ZPO.

16

Eine offensichtlich mangelnde Erfolgsaussicht ist dann anzunehmen, wenn schon auf Grund der Aktenlage unter Berücksichtigung zulässiger neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel auch bei Durchführung der mündlichen Verhandlung der Berufung kein Erfolg beschieden wäre, wenn mithin eine mündliche Verhandlung zu keinem höheren Erkenntnisgrad führen kann (Zöller/Heßler, ZPO, 32. Aufl. § 522 Rn. 36 mwN). Die Aussichtslosigkeit der Berufung muss nicht auf der Hand liegen, vielmehr darf sie Ergebnis „vorgängiger gründlicher Prüfung“ sein (BT - Drs. 17/6406, 11). So verhält es sich im Streitfall. Der Senat hat die von der Klagepartei erhobenen Rügen gründlich geprüft und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Berufung bereits aufgrund der Aktenlage keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Umfang des Beschlusses ist im Übrigen auch dem Umstand geschuldet, dass dem Kläger Gelegenheit gegeben werden sollte, den Gedankengang des Senats im Einzelnen nachzuvollziehen und sich hierzu angesichts des grundgesetzlich verankerten Rechts auf rechtliches Gehör zu äußern.

17

Zur Begründung seiner Entscheidung nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichts in den Urteilsgründen sowie auf seinen Hinweisbeschluss vom 11.07.2019 Bezug. Seine leitenden Erwägungen hat er in dem Hinweisbeschluss zum Ausdruck gebracht. Der hierauf inhaltlich erwidern Schriftsatz des Klägers vom 19.08.2019 ist nicht geeignet, die in diesem Beschluss aufgeführten Argumente zu entkräften bzw. der Berufung des Klägers zum Erfolg zu verhelfen.

18

Die Berufungsbegründung befasst sich mit zwei angeblichen deliktischen Schädigungshandlungen der Beklagten in Gestalt der Täuschung über den Einbau einer gem. VO (EG) Nr. 715/ 2007 (künftig: EG-VO)

- unzulässigen Abschaltvorrichtung (vgl. dazu allgemein nachfolgend unter B.),
- im streitgegenständlichen Fahrzeugmotor (vgl. dazu nachfolgend unter C.),

- durch Einsatz von sog. „Manipulationssoftware“ (entsprechend den bekannten VW -Fällen zum Motor EA 189, vgl. dazu nachfolgend unter D.) bzw.

- durch Einsatz eines sog. „Thermofensters“ (vgl. dazu nachfolgend unter E.):

A. Verspäteter Berufungsvortrag

19

Vorauszuschicken ist, dass die Berufungsbegründung in großem Umfang Vorbringen enthält, das sich im Ersturteil so nicht findet und von dem der Senat daher davon ausgehen muss, dass es im Berufungsverfahren neu ist und dort schon mangels entsprechender Berufungsrüge i.S.v. § 520 III Nr. 4 ZPO nicht mehr gem. § 531 II ZPO zugelassen werden kann (vgl. die mitgeteilten Allgemeinen Verfahrenshinweise des Senats, nach Bl. 142/ 143).

1. Neuer Vortrag im Schriftsatz vom 07.02.2019

20

Das gilt insbesondere für das in der Berufung wiederholte Vorbringen aus dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz eingereichten Schriftsatz vom 07.02.2019 (Bl. 84/ 112), den das Landgericht zu Recht gemäß §§ 296a, 156 ZPO unberücksichtigt gelassen hat (vgl. LGU S. 8, das dort seine Ermessensentscheidung gem. 156 Abs. 1 ZPO begründet und nicht etwa das verspätete Vorbringen ohne erneute mündlichen Verhandlung zugelassen hat). Um ein von § 531 Abs. 2 ZPO erfasstes neues Vorbringen in der Berufungsinstanz handelt es sich auch dann, wenn ein streitiger Vortrag - die Beklagte hat den klägerischen Vortrag eines illegalen Thermofensters mit Schriftsatz vom 19.02.2019 (Bl. 115ff.) und nochmals in der Berufungserwiderung (Bl. 184ff.) bestritten - bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz nicht vorgebracht und daher im erstinstanzlichen Urteil zu Recht gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 - VIII ZR 90/17).

21

Daran ändert auch der diesbezügliche Vortrag im Schriftsatz des Klägers vom 19.08.2019 auf S. 2 und 12 nichts, wonach die späten Ausführungen dem Umstand geschuldet gewesen seien, dass erst kurz zuvor das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 17.01.2019 ergangen und man erst kurz zuvor durch Berichterstattung der Bild am Sonntag vom 03.02.2019 vom Zeugen J. erfahren habe. Es verbleibt bei der Präklusion, da der Kläger nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist und trotz zusätzlichen Hinweises in den Allgemeinen Verfahrenshinweisen des Senats nichts zu einer fehlenden Nachlässigkeit vorgetragen hat. Auch ist das Vorgehen des Klägers nicht etwa offensichtlich unverschuldet verspätet, da der von ihm in dem späten Schriftsatz behauptete weitere Klagegrund/ konkrete Lebenssachverhalt des Vorhandenseins eines unzulässigen Thermofensters in seinem Fahrzeug wohl kaum von dem Bekanntwerden einer Entscheidung eines Gerichts in Stuttgart betreffend eines anderen Fahrzeugs eines anderen Fahrzeugherstellers abhängen kann. Die nunmehr verspätet vorgebrachten Entschuldigungsgründe sind außerdem auch gemäß §§ 530, 296 ZPO nicht mehr zuzulassen.

2. Vortrag im Schriftsatz vom 05.06.2019

22

Soweit in dem weiteren Schriftsatz vom 05.06.2019 (nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist), zu dem der Kläger nunmehr klargestellt hat, dass das falsche Rubrum, in dem eine andere Beklagte benannt wurde, auf „eine Fehlfunktion im Anwaltsprogramm zurückzuführen“ sei, so dass dessen Zugehörigkeit zu diesem Verfahren geklärt ist, noch weitere neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (selbstredend sind davon Rechtsausführungen nicht betroffen) enthalten sind, sind diese gem. §§ 530, 296 I ZPO zwingend als verspätet zurückzuweisen (vgl. z.B. Thomas/Putzo, ZPO, 40. Aufl. 2019, § 530 Rnr. 4; Münchener Kommentar/ Rimmelpacher, ZPO, 5. Auflage 2016, § 522 Rnr. 27), worauf der Senat bereits in seinen Allgemeinen Verfahrenshinweisen ausdrücklich aufmerksam gemacht hatte.

23

Daran ändert auch der diesbezügliche, insoweit ebenfalls verspätete Vortrag im Schriftsatz des Klägers vom 19.08.2019 auf S. 2 nichts, wonach die späten Ausführungen dem Umstand geschuldet seien, dass erst kurz zuvor von der D. die technischen Ausführungen und Messwerte zur Verfügung gestellt worden seien, da im Schriftsatz vom 05.06.2019 ein diesbezüglicher Hinweis fehlt. Dem Senat liegen außerdem aus der 1. Instanz Anlagen K 1 bis K 15 vor, so dass zwischen den nunmehr mit diesem Schriftsatz angeblüh

vorgelegten Anlagen „K 34 bis K 38“ eine dem Senat nicht nachvollziehbare Lücke klafft, die auch in der Stellungnahme des Klägers vom 19.08.2019 nicht aufgeklärt wurde.

24

3. Vortrag im Schriftsatz vom 19.08.2019 Neben den in diesem Schriftsatz verspätet vorgetragenen Entschuldigungsgründen ist der neue Vortrag, wonach nunmehr unstreitig ein Motor „B470“ in dem klägerischen Fahrzeug verbaut sei, gemäß §§ 530, 296 ZPO nicht mehr zuzulassen (s. dazu auch nachfolgend C.)

25

Auch der verspätete Vortrag hätte aber keine andere Entscheidung gerechtfertigt, wie nachfolgend auszuführen sein wird.

B.

Allgemein zur Haftung für eine „unzulässige Abschaltvorrichtung“

26

Mangels vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien kommt allenfalls eine deliktische Haftung der Beklagten im Zusammenhang mit den vom Kläger behaupteten, in seinem Fahrzeug BMW 420d, Baujahr 2016, Euro Norm 6 angeblich verbauten, unzulässigen Abschaltvorrichtungen nach § 826 BGB in Betracht. Eine solche Haftung setzt Vortrag des darlegungs- und beweispflichtigen Klägers zur konkreten Schädigungshandlung voraus (dazu nachfolgend Ziff. 1), der schlüssig sein und hinreichend unter Beweis gestellt werden muss (dazu nachfolgend Ziff. 2), sowie Vortrag zum Schädigungsvorsatz (dazu nachfolgend Ziff. 3), nachdem vorliegend eine grundsätzlich auch fahrlässig begehbare Schutzgesetzverletzung ausscheidet (dazu nachfolgend Ziff. 4). Im Einzelnen:

1. Schädigungshandlung

27

a.) Zwar kann Einbau und Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung grundsätzlich eine unerlaubte Handlung darstellen (vgl. z.B. OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5.3.2019 - 13 U 142/18; OLG Köln, Beschluss vom 3.1.2019 - 18 U 70/18, je zum VW-Motor EA189).

28

b.) „Abschaltvorrichtung“ ist dabei gem. Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (künftig: EG-VO) „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird“. Nach Art. 5 II lit. a) EG-VO ist eine Abschaltvorrichtung aber z.B. dann nicht unzulässig, wenn „die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten“.

29

Eine „unzulässige Abschaltvorrichtung“ liegt somit nach Auffassung des Senats nur vor, wenn

(4) ein „Konstruktionsteil“ im Motor des jeweiligen Fahrzeug vorhanden ist,

(5) das in bestimmten Umwelt- oder Fahrsituationen i.S.v. Art. 3 Nr.10 EG-VO die Abgasreinigung abschaltet, und

(6) dies nicht notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

2. Darlegungs- und Beweislast

30

a.) Für eine deliktische Haftung der Beklagten trägt der Kläger grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für alle Anspruchsvoraussetzungen (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 218/03). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH genügt eine Partei ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt,

die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen, mithin schlüssig vorträgt. Die Angabe von Einzelheiten zu dem Ablauf bestimmter Ereignisse ist grundsätzlich nicht erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen ohne Bedeutung sind (z.B. BGH vom 19.05.2011, Az. VII ZR 24/08, Rz. 14; BGH Urteil v. 4.10.2018 - III ZR 213/17). Unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist, und ob sie auf eigenem Wissen oder auf einer Schlussfolgerung von Indizien beruht.

31

Die Annahme der Unschlüssigkeit (und infolge dessen die zulässige Ablehnung einer etwaigen Beweiserhebung) kommt grundsätzlich in zwei Fallgruppen in Betracht:

- Wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass das Gericht auf Grund ihrer Darstellung nicht beurteilen kann, ob die Behauptung überhaupt erheblich ist, also die gesetzlichen Voraussetzungen der daran geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind oder
- wenn nicht Tatsachen, sondern Rechtsansichten dargetan werden (über die, außer in den Ausnahmefällen des § 293 ZPO, nie Beweis zu erheben ist, denn die rechtliche Beurteilung der vorzutragenden Tatsachen ist Sache des Gerichts). Ausnahmsweise können auch juristisch eingekleidete Tatsachen (sog. Rechtstatsachen) Gegenstand von Sachvortrag werden, etwa das Vorliegen von Kauf, Miete oder Eigentum. Rechtstatsachen können jedoch nur einfache Begriffe des täglichen Lebens sein, die von den Parteien übereinstimmend verstanden werden. Sobald die in ihrer juristischen Einkleidung behauptete Tatsache von der Gegenseite bestritten wird, bedarf es auch hier der Darlegung tatsächlicher Umstände, die den Rechtsbegriff ausfüllen (vgl. im Einzelnen Dölling, Die Voraussetzungen der Beweiserhebung im Zivilprozess, NJW 2013, 3121 [3123], mwN aus der Rspr. des BGH).

32

An diesen Grundsätzen gemessen stellt jedenfalls die bloße Behauptung einer „unzulässigen Abschaltvorrichtung“, ohne die erforderliche Behauptung unter die EG-VO subsumtionsfähiger Tatsachen, eine reine Rechtsbehauptung dar. Schlüssiger Vortrag zu einer angeblich „unzulässigen Abschaltvorrichtung“ setzt nach Auffassung des Senats vielmehr grundsätzlich voraus, dass vom Anspruchsteller konkret dargelegt wird, dass

- (1) ein „Konstruktionsteil“ im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeug vorhanden ist (dabei kann es sich selbstverständlich auch um eine Software handeln),
- (2) das in bestimmten, konkret darzulegenden Umwelt- oder Fahrsituationen etc. i.S.v. Art. 3 Nr.10 EG-VO die Abgasreinigung abschaltet, und dass
- (3) dies nicht notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

33

Trotz der Formulierung von Art. 5 II lit. a) EG-VO („Dies ist nicht der Fall, wenn ...“) trägt dabei der Anspruchsteller nach Auffassung des Senats jedenfalls im Rahmen einer unerlaubten Handlung grundsätzlich auch für das Nichteingreifen dieser Ausnahme als weitere Anspruchsvoraussetzung die volle Darlegungs- und Beweislast. Anderes ergibt sich hier weder aus der Gesetzesformulierung noch aus ihrer Begründung (vgl. zu diesem Erfordernis z.B. BGH, Urteil vom 12. 2. 1963 - VI ZR 70/62; a.A. LG Stuttgart, Urteil vom 17.01.2019 - 23 O 178/18, betreffend einen PKW Mercedes Benz Typ E 250 CDI mit einem Motor OM 651), sondern allenfalls aus den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast:

34

b.) Die deutsche Zivilprozessordnung kennt keine - über die anerkannten Fälle der Pflicht zum substantiierten Bestreiten hinausgehende - allgemeine Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweispflichtigen Partei (BGH, Urteil vom 11.06.1990 - II ZR 159/89).

35

(1) Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Bestreitenden nach der ständigen Rechtsprechung des BGH dann, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind. Für die Frage der Zumutbarkeit ist zu berücksichtigen, dass der Beibringungsgrundsatz nicht ausgehöhlt werden darf, nach dem es zunächst dem

Beweisbelasteten obliegt, die ihm günstigen Umstände in der erforderlichen Tiefe darzulegen. Den Beweisbelasteten trifft damit grundsätzlich das Risiko nicht nur der Unerweislichkeit, sondern auch bereits der Unkenntnis der für ihn sprechenden Tatsachen; der Gegner ist nicht gehalten, ihm für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt (Dölling, NJW 2013, 3121 [3126]; BGH, Urteil vom 11.06.1990 - II ZR 159/89).

36

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, welche Angaben einer Partei zumutbar und möglich sind. Falls sie keinen Einblick in die Geschehensabläufe hat (und ihr die Beweisführung deshalb erschwert ist), darf sie auch vermutete Tatsachen unter Beweis stellen. Sie ist grundsätzlich nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält (BGH, Urteil vom 4. Oktober 2018, III ZR 213/17, Rz. 25 mwN). Zu einem unzulässigen Ausforschungsbeweis wird ein Beweisantrag unter solchen Umständen erst dann, wenn die beweispflichtige Partei Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt, ohne wenigstens greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts aufzuzeigen (BAG, 12.9.2013 - 6 AZR 980/11, BeckRS 2013, 7..4786 Rn. 82; ähnlich BGH, Beschluss vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17; OLG Koblenz, Urteil v. 18.06.2019, Az.: 3 U 416/19, Rz. 32).

37

(2) Zweifelhaft erscheint dagegen, ob die Grundsätze der sekundären Darlegungslast auch bereits die allgemeinen Anforderungen an die Substantiierung der primären Darlegungen des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale reduzieren (so z.B. OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 5.3.2019 - 13 U 142/18, Rz. 60 ff., zu „Dieselfällen“). Wenn man einer Partei in diesen Fällen schon zugesteht, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält (BGH, Urteil vom 4. Oktober 2018, III ZR 213/17, Rz. 25 mwN), müssen diese vermuteten Tatsachen dem Gericht auch eine Überprüfung ihrer Entscheidungserheblichkeit ermöglichen, m.a.W. also schlüssig im oben genannten Sinne sein, um überhaupt eine sekundäre Darlegungslast des Bestreitenden auslösen zu können. Denn schon begrifflich ist eine sekundäre Darlegungslast ohne primäre schlüssige Behauptung eines konkreten Lebenssachverhalts ausgeschlossen (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019, Az.: 10 U 134/ 19, Rz. 36 und 90). Wollte man dies anders sehen, würde man eine Klagepartei in mit den Grundsätzen der deutschen Zivilprozessordnung schwerlich vereinbaren Weise von dem Erfordernis jeglichen schlüssigen Sachvortrages entbinden (so auch OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019, Az.: 3 U 148/ 18, Rz. 6).

38

c.) Daraus ergibt sich nach Auffassung des Senats für Fälle der vorliegenden Art folgendes:

39

Zwar steht ein Autokäufer wie der Kläger hier fraglos außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs, während dem beklagten Fahrzeughersteller, den gem. Art. 3 Nr. 9 der Durchführungs-Verordnung Nr. 692/2008 EG eine entsprechende Dokumentationspflicht obliegt (vgl. Führ, NVwZ 2017, 265 [268]), die tatsächliche Aufklärung somit ohne weiteres möglich sein muss. Nach Auffassung des Senats ist es einem Autohersteller jedoch nicht zumutbar, auf die bloße pauschale Behauptung einer „unzulässigen Abschaltvorrichtung“ hin im Einzelnen darlegen zu müssen, welche konkreten Abschaltvorrichtungen ein bestimmter Motor enthält, und warum diese ggf. für notwendig gehalten werden, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (so im Ergebnis auch OLG Stuttgart, aaO, Rz. 55). Eine solche Sichtweise würde den Beibringungsgrundsatz aushöhlen und dem beklagten Autohersteller eine der deutschen Zivilprozessordnung fremde allgemeine Aufklärungspflicht auferlegen. Es ist auch nicht so, dass ein Kläger den maßgeblichen Sachverhalt nicht von sich aus ermitteln könnte. Soweit es bisher keine öffentlich zugänglichen Erkenntnisse zum konkreten Motor gibt, müsste er ggf. zu seinem bloßen Verdacht zunächst ein Privatgutachten erholen. Erforderlich ist nach Auffassung des Senats deshalb auch in diesen Fällen zumindest im Rahmen einer behaupteten unerlaubten Handlung, dass klägerseits konkret dargelegt und ggf. unter Beweis gestellt wird, dass

(1) im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeug ein „Konstruktionsteil“ vorhanden ist (dabei kann es sich selbstverständlich auch um eine Software handeln),

(2) das in bestimmten, konkret darzulegenden Umwelt- oder Fahrsituationen etc. i.S.v. Art. 3 Nr.10 EG-VO die Abgasreinigung abschaltet, und dass

(3) dies nicht notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

40

Die Umstände gem. (1) und (2) muss der Anspruchsteller nach Auffassung des Senats aus den genannten Gründen in jedem Falle voll darlegen und ggf. auch nachweisen. Zur Abgrenzung von grundsätzlich unbeachtlichem Vortrag ins Blaue wird er insoweit auch entsprechende greifbare Anhaltspunkte aufzuzeigen haben.

41

Auch zum Bereich (3) wird man zunächst zumindest eine allgemeine Darlegung des Anspruchstellers erwarten müssen, dass und warum die entsprechende Abschaltvorrichtung nicht technisch notwendig sein soll. Auch insoweit werden zur Abgrenzung von einem unbeachtlichen Vortrag ins Blaue entsprechende greifbare Anhaltspunkte aufzuzeigen sein. Erst dann kann den beklagten Autohersteller eine sekundäre Darlegungslast treffen, nämlich insbesondere soweit es um die Frage geht, aus welchen technischen Gründen eine konkret dargelegte und ggf. nachgewiesene Abschaltvorrichtung herstellerseits für notwendig gehalten wird. Die Beweislast für die fehlende Notwendigkeit trifft dann ggf. aber wieder voll den Anspruchsteller.

42

d.) Diese zunächst nur grundsätzlichen Erwägungen des Senats zur Darlegungs- und Beweislast, deren konkrete Übertragung auf den vorliegenden Lebenssachverhalt erst in den nachfolgenden Abschnitten C. bis E. erfolgt, werden durch die wieder sehr allgemein gehaltenen, klägerischen Ausführungen auf S. 2 - 4 des Schriftsatzes vom 19.08.2019, die weder den konkreten, hier verbauten Motor in den Fokus nehmen, noch nach den als unzulässig gerügten Abschaltvorrichtungen unterscheiden, und teilweise die nachfolgenden Differenzierungen des Senats ausblenden, nicht erschüttert. Zur Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in den Abschnitten C. bis E. Bezug genommen, in denen - differenziert nach den vom Kläger in den Raum gestellten unzulässigen Abschaltvorrichtungen - dargelegt wird, dass und warum der Kläger hier seiner Darlegungs- und Beweislast jeweils nicht genügt hat und die Grundsätze zur sog. sekundären Darlegungslast vorliegend nicht eingreifen. Soweit der Kläger einen Hinweis des OLG Karlsruhe (Az.: 17 U 249/ 18) in Bezug nimmt, vermag der Senat, unabhängig von der von ihm vertretenen Rechtsauffassung, schon dessen Entscheidungserheblichkeit nicht zu erkennen, denn dort steht - anders als bislang hier (wie nachfolgend im Abschnitt C. noch dargelegt wird) - offensichtlich der verbaute Motor fest; völlig offen ist auch, inwieweit der Sachverhalt/ Sachvortrag mit dem hiesigen vergleichbar ist.

3. Schädigungsvorsatz

43

a.) Eine Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB erfordert, dass der Schädiger bzw. dessen gesetzlicher Vertreter den objektiven Tatbestand des § 826 BGB in Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten sittenwidrig erscheinen lassen, vorsätzlich verwirklicht hat. Die Annahme eines bedingten Vorsatzes, welcher genügt, setzt dabei voraus, dass der Handelnde die relevanten Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, denn der Vorsatz enthält ein „Wissens-“ und ein „Wollenselement“. Der Handelnde muss die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss, - im Fall des § 826 BGB auf die sittenwidrige Schädigung eines Anderen - im Zeitpunkt seines Handelns gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben (BGH, Urteil vom 20.12.2011, Az.: VI ZR 309/10, WM 2012, 260, 261 mwN.; Urteil vom 20.11.2012, Az.: VI ZR 268/ 11, WM 2012, 2377, 2380).

44

Grundsätzlich trägt die Klagepartei die Darlegungs- und Beweislast auch für den Vorsatz, da sie als Anspruchsteller alle Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat, aus denen sie ihren Anspruch herleitet. Eine etwaige sekundäre Darlegungslast der Gegenseite kommt auch hier nur ausnahmsweise und unter ganz besonderen tatsächlichen Umständen zum Tragen, setzt aber ebenfalls zunächst voraus, dass der Anspruchsteller zumindest hinreichende greifbare Anhaltspunkte hierfür dargelegt hat (s.o.).

45

b.) Diese bis dahin nur grundsätzlichen Erwägungen des Senats, die lediglich die höchstrichterliche Rechtsprechung und die für den Vorsatz geltenden Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast

zusammenfassen, werden durch die Ausführungen des Klägers auf den S. 4 - 7 seines Schriftsatzes vom 19.08.2019 nicht erschüttert. Auf diese wird bei der Übertragung der Erwägungen des Senats auf den hiesigen Lebenssachverhalt im Abschnitt D. 2. nochmals zurückzukommen sein.

46

4. Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. von Art. 5 II iVm Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 Eine etwaige Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB, deren Begehung auch fahrlässig möglich ist, scheidet vorliegend schon mangels denkbarer Verletzung eines Schutzgesetzes aus.

47

a.) Mit der ganz h.M ist der Schutzgesetzcharakter der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. von Art. 5 II iVm Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 zu verneinen (OLG Braunschweig Urt. v. 19.2.2019 - 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737, Rz. 130 ff.; ganz h.M., vgl. z.B. Legner, VuR 2018, 251; Steenbuck, MDR 2016, 185 (190)).

48

Nur sehr vereinzelt werden §§ 6 I 1, 27 I EG-FGV als Schutzgesetz herangezogen (z.B. LG Augsburg, NJW-RR 2018, 1073; LG Ingolstadt, Az.: 42 O 1199/17; Harke, VuR 2017, 83 [84 ff.]). Diese Norm stellt allerdings kein Schutzgesetz zugunsten der Endkunden dar, sondern geradezu ein klassisches Beispiel für eine (nur) die Allgemeinheit schützende Norm (OLG Braunschweig, aaO, in Zustimmung zu LG Braunschweig, Urt. v. 31.8.2017 - 3 O 21/17, BeckRS 2017, 122797 Rn. 149 ff.; s. auch Armbrüster, NJW 2018, 3481). Gleiches gilt für Art. 5 II iVm Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 (LG Ellwangen, Urt. v. 10.6.2016 - 5 O 385/15, BeckRS 2016, 124468; LG Köln, Urt. v. 7.10.2016 - 7 O 138/16, BeckRS 2016, 115442; LG Braunschweig, Urt. v. 19.5.2017 - 11 O 4153/16, BeckRS 2017, 110910; jurisPK-BGB/Reichold, 8. Aufl. 2017, § 826 Rn. 59.1). Der Senat folgt insoweit insbesondere der Entscheidung des OLG Braunschweig vom 19.2.2019 - 7 U 134/17, BeckRS 2019, 2737, Rz. 130 ff.:

49

aa) Neben den der Umsetzung der Richtlinie 2007/46/EG dienenden Vorschriften der EG-FGV kann die Richtlinie selbst schon nicht unmittelbar als Schutzgesetz herangezogen werden. Zwar kommt als Schutzgesetz auch in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht der Europäischen Union in Betracht (BGH, Urteil vom 10.02.2011, I ZR 136/09, zitiert nach juris, Rz. 17). Dies gilt jedoch nicht für die hier vorliegende Richtlinie. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV unterscheidet sich eine Richtlinie von einer Verordnung nämlich dadurch, dass sie nicht unmittelbar in den Mitgliedsstaaten der EU gilt, sondern der Umsetzung in nationales Recht bedarf.

50

bb) Soweit dem gegenüber die Vorschriften der VO (EG) 715/2007 über die Zulassung von Fahrzeugen sowie Abschaltvorrichtungen als Schutzgesetze in Betracht kämen, weil sie nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar geltendes Unionsrecht sind, fehlt den genannten Normen die Schutzgesetzeigenschaft:

51

Ziel der VO (EG) 715/2007 ist nach deren einleitenden Bemerkungen (1) bis (4) sowie zusammengefasst nochmals in (27) die Harmonisierung des Binnenmarktes bzw. die Vollendung des Binnenmarktes durch Einführung gemeinsamer technischer Vorschriften zur Begrenzung von Fahrzeugemissionen. Zwar werden neben der Vereinheitlichung der Rechtsregelungen ein hohes Umweltschutzniveau (1) als Ziel und die Reinhaltung der Luft als Vorgabe für Regelungen zur Senkung der Emissionen von Fahrzeugen (4) beschrieben, doch folgt aus den Ausführungen unter (7), die die Verbesserung der Luftqualität in einem Zuge mit der Senkung der Gesundheitskosten (und dem Gewinn an Lebensjahren) nennen, dass es auch insoweit nicht um individuelle Interessen, sondern letztlich um umwelt- und gesundheitspolitische Ziele geht. Dass der europäische Gesetzgeber i.S.d. Definition des Schutzgesetzes dem einzelnen Verbraucher die Rechtsmacht in die Hand geben wollte, mit Mitteln des Privatrechts gegen denjenigen vorzugehen, der in dieser Verordnung zur Umsetzung dieser Ziele geregelte Verbote übertritt und sein Rechtsinteresse beeinträchtigt, geht damit aus den Vorbemerkungen nicht hervor. Vielmehr spricht stattdessen sogar der Umstand, dass die Ziele in (7) in Beziehung gesetzt werden zu den Auswirkungen der Emissionsgrenzwerte auf die Märkte und die Wettbewerbsfähigkeit von Herstellern, gegen einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers. Dies gilt umso mehr, als auch die Regelungen der VO (EG) 715/2007 selbst keinen Bezug zu Individualinteressen des einzelnen Bürgers aufweisen (so i.E. auch Riehm, DAR 2016, 12, 13). Gerade einen derartigen Bezug zu Individualinteressen sieht der Europäische Gerichtshof aber in seiner

Vorabentscheidung vom 16.02.2017, C - 219/15, Rz. 55, 56, als Erfordernis für eine Schutzgesetzeigenschaft an (dazu s.u.).

52

cc) Die die Richtlinie in nationales Recht umsetzenden Vorschriften der EG-FGV, insbesondere deren §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV scheiden als Schutzgesetze ebenfalls aus, weil sie den Schutz individueller Interessen nicht berücksichtigen.

53

(1) Dass der Individualschutz - hier der Schutz des Vermögens des Erwerbers eines Kraftfahrzeugs - im Aufgabenbereich der genannten Vorschriften liegt oder aber aus deren Auslegung unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Richtlinie 2007/46/EG folgt, ist nicht ersichtlich.

54

Maßgebend dafür sind zunächst die Erwägungsgründe (2), (4) und (23) der Richtlinie 2007/46/EG. Aus diesen ergibt sich eindeutig, dass das Ziel der Richtlinie in erster Linie die Vollendung des europäischen Binnenmarktes ist; darüber hinaus sollte sie die technischen Anforderungen in Rechtsakten harmonisieren und spezifizieren, wobei diese Rechtsakte vor allem auf hohe Verkehrssicherheit, Gesundheits- und Umweltschutz, rationelle Energienutzung und wirksamen Schutz gegen unbefugte Nutzung abzielten. Individualinteressen, vor allem das Vermögensinteresse von Kraftfahrzeugerwerbern, finden darin keine Erwähnung.

55

Sonstige Erwägungsgründe der Richtlinie, insbesondere die unter Nrn. 14 und 17 genannten, lassen anderweitige Rückschlüsse nicht zu. Diese betreffen, soweit sie denn über die bereits genannten Erwägungsgründe hinausgehen, ausschließlich weitere Allgemeingüter, nämlich ein hohes Umweltschutzniveau, den Schutz der (allgemeinen) Gesundheit und den Schutz der Verbraucher, ohne dass der Vermögensschutz des Einzelnen darin angesprochen wäre.

56

(2) Etwas Anderes folgt auch nicht aus dem Zweck der Art. 18 Abs. 1 und 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG selbst, deren Umsetzung die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV dienen.

57

Soweit nach Art. 26 Abs. 1 die Mitgliedstaaten die Zulassung, den Verkauf und die Inbetriebnahme von Fahrzeugen gestatten, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind, zielt dies auf die Erleichterung des Binnenmarktes; Anhaltspunkte dafür, dass die Richtlinie auf den Schutz des Vermögens des Autokäufers abstellt, ergeben sich nicht.

58

Derartige Anhaltspunkte ergeben sich entgegen der Ansicht des Landgerichts Augsburg (Urteil vom 28.01.2018, 82 O 4497/16, zitiert nach juris) auch nicht aus der Änderung, die die Richtlinie 2007/46/EG durch die VO (EG) 385/2009 erfahren hat. Durch diese von der Kommission erlassene Verordnung ist zwar der Anhang IX der ursprünglichen Richtlinie 2007/46/EG ersetzt und mit einem die Ziele der Übereinstimmungsbescheinigung definierenden Abschnitt 0 versehen worden. In dessen Abs. 1 wird die Übereinstimmungsbescheinigung definiert als eine „Erklärung des Fahrzeugherstellers, in der er dem Fahrzeugkäufer versichert, dass das von ihm erworbene Fahrzeug zum Zeitpunkt seiner Herstellung, mit den in der Europäischen Union geltenden Rechtsvorschriften übereinstimmt“. Dies bedeutet indes nicht, dass damit bereits der in der Ausgangsrichtlinie eindeutig auf allgemeine Rechtsgüter bezogene Schutzzweck auf individuelle Rechtsgüter des Fahrzeugkäufers erstreckt werden sollte. Dagegen spricht zunächst der Erwägungsgrund (2) der VO (EG) 385/2009, in dem die Übereinstimmungsbescheinigung als eine „offizielle“ Erklärung bezeichnet wird, denn dies deutet wieder auf den amtlichen, im Rahmen des Zulassungsverfahrens von der Übereinstimmungsbescheinigung zu erfüllenden Zweck hin.

59

(3) Ein Individualschutz lässt sich auch nicht aus dem Erwägungsgrund (3) der VO (EG) 385/2009 herleiten, wonach sicherzustellen ist, dass die Angaben auf der Übereinstimmungsbescheinigung für die beteiligten Verbraucher und Wirtschaftsteilnehmer verständlich sein müssen. Das Verständlichkeitsgebot allein spricht nämlich nicht dafür, dass nunmehr individuelle Interessen geschützt werden sollen, sondern mag auch dadurch zu erklären sein, dass es der Käufer ist, der die Übereinstimmungsbescheinigung zum Zweck der

Zulassung bei den zuständigen Behörden vorlegen muss. Schon dazu bedarf es einer verständlichen Fassung.

60

Neben der Berücksichtigung des Wortlauts kann im Rahmen der Auslegung der VO (EG) 385/2009 aber auch nicht außer Betracht bleiben, dass die eine Richtlinie ändernde Verordnung von der Kommission, dem Exekutivorgan der Europäischen Union, erlassen worden ist. Dabei geht der Senat nicht von einer Unwirksamkeit der Verordnung aus, sondern berücksichtigt vielmehr ausschließlich im Rahmen der Auslegung, dass nicht anzunehmen ist, dass die Kommission dem ursprünglich klar erkennbaren, einen Individualschutz nicht enthaltenden Zweck der Richtlinie 2007/46/EG einen gänzlich neuen hinzufügen wollte.

61

(4) Entgegenstehende durchgreifende Argumente ergeben sich auch nicht aus dem Urteil des Landgerichts Augsburg vom 28.01.2018, 82 O 4497/16, zitiert nach juris, Rz. 130 ff. Soweit das Landgericht Augsburg in der Rz. 136 seines Urteils auf eine an dieser Stelle nicht genannte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs - möglicherweise EuGH NJW 2004, 3547 - verweist, ist daraus allenfalls zu entnehmen, dass das Landgericht Augsburg im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu seinem Ergebnis gelangen möchte, die hier in Rede stehenden Vorschriften beinhalteten einen Schutz individueller Interessen. Denn das genannte Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 05.10.2004 - C-397 - 400/01 betrifft die Anwendung der Grundsätze einer gemeinschaftskonformen Auslegung. Soweit das Landgericht Augsburg des Weiteren auf die VO (EG) 385/2009 abstellt, ist dies nach den vorstehenden Ausführungen nicht geeignet, auf einen mit dieser Verordnung neu eingeführten Zweck individueller Interessen zu schließen.

62

(5) Auch aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 04.10.2018 (C-668/16) zu Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG ergibt sich nichts anderes. Diese lautet in ihrer Rz. 87 (zitiert nach juris) wie folgt:

„Wie der Generalanwalt in Nr. 95 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, werden mit Art. 46 der Rahmenrichtlinie andere Zwecke als mit den Art. 12 und 20 dieser Richtlinie verfolgt. Während Letztere die Beachtung der in den Rechtsakten enthaltenen technischen Anforderungen gewährleisten sollen, dient Art. 46 in erster Linie dem Ziel der Schaffung und des Funktionierens eines Binnenmarktes mit fairem Wettbewerb zwischen den Herstellern. Über diesen Zweck hinaus sollen die in Art. 46 der Rahmenrichtlinie vorgesehenen Sanktionen auch gewährleisten, dass der Käufer eines Fahrzeugs im Besitz einer Übereinstimmungsbescheinigung ist, die es ihm erlaubt, das Fahrzeug gemäß Anhang IX der Richtlinie in jedem Mitgliedstaat zuzulassen, ohne zusätzliche technische Unterlagen vorlegen zu müssen.“

63

Diese Ausführungen sind mit dem hier vorliegenden Fall, in dem es ausschließlich um Herstellerpflichten geht, nur begrenzt vergleichbar, denn der der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zugrunde liegende Fall betrifft gerade die den Mitgliedstaaten gegenüber Herstellern obliegenden, aus Art. 46 der Richtlinie resultierenden Sanktionierungspflichten. Zudem war gerade die Sanktionierung einer vom Hersteller offen gelegten Abweichung von der Typgenehmigung während der Fertigung Gegenstand des Verfahrens. Unter diesen Umständen kann der Verweis auf die Sachverhaltsdarstellung in Rz. 82 der zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht weiter führen.

64

Unabhängig davon belegt aber auch der letzte Halbsatz der Rz. 87, worum es dem Europäischen Gerichtshof wirklich geht, nämlich um die reibungslose Durchführung des öffentlich-rechtlichen Zulassungsverfahrens, die der Vereinheitlichung des Binnenmarktes und nicht etwa dem Individualschutz zuzurechnen ist, und die im hier zu entscheidenden Fall funktioniert hat. Ebenso wenig vermag das Argument zu überzeugen, dass von „Käufern“ und nicht von „Antragstellern“ die Rede sei. Eine entsprechende Differenzierung ist schon nicht aus der den Anhang IX der Richtlinie 2007/46/EG ersetzenden VO (EG) 385/2009 zu entnehmen.

65

b.) Eine Vorlage an den EuGH gem. Art. 277 AEV ist nach Auffassung des Senats nicht veranlasst:

66

aa) Nach der Rechtsprechung des EuGH muss ein letztinstanzliches nationales Gericht seiner Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV nachkommen, wenn sich in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn, dass die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (sog. „acte clair“ bzw. „acte éclairé“, vgl. BVerfG, Urteil vom 18.7.2018 - 1 BvR 1675/16, Rz. 139 ff.; NJW 2018, 3223).

67

bb) Mit seiner EuGH-Vorlage vom 09. April 2015 - VII ZR 36/14, wollte der BGH u.a. geklärt wissen, ob es sich bei den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Medizinprodukte-RL um Schutzgesetze gem. § 823 Abs. 2 BGB handeln könne (vgl. Rn. 19, juris). Darauf hat der EuGH entschieden, dass die Voraussetzungen, unter denen eine von einer benannten Stelle begangene schuldhaftige Verletzung der ihr im Rahmen dieses Verfahrens gemäß dieser Richtlinie obliegenden Pflichten ihre Haftung gegenüber den Endempfängern begründen kann, vorbehaltlich der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität dem nationalen Recht unterliegen (EuGH, Urteil vom 16.2.2017 - C-219/15 [Schmitt/TÜV Rheinland] zur Haftung für Schäden durch fehlerhafte Brustimplantate).

68

Der EuGH hat dazu ab Rz. 55 dieser Entscheidung darauf abgestellt, dass sich weder aus dem Umstand, dass eine Richtlinie an bestimmten Stellen Überwachungspflichten auferlegt, noch daraus, dass diese Richtlinie auch den Schutz der Geschädigten bezweckt, zwingend ergebe, dass sie Rechte zugunsten der Geschädigten für den Fall schaffen solle, dass die betreffenden Stellen ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, was insbesondere dann gelte, wenn die Richtlinie keine ausdrückliche Bestimmung enthalte, die derartige Rechte gewähre. Ebenso sei festzustellen, dass angesichts dessen, dass sich in der RL 93/42 keinerlei Angaben zu den Modalitäten der Begründung der zivilrechtlichen Haftung der benannten Stellen finden, nicht davon ausgegangen werden könne, dass durch diese Richtlinie die Voraussetzungen geregelt werden sollten, unter denen die Endempfänger der Medizinprodukte eventuell eine Entschädigung wegen der von den benannten Stellen begangenen Pflichtverletzungen verlangen können.

69

Nach st. Rspr. des EuGH schließe allerdings die über die Haftung für fehlerhafte Produkte eingeführte Regelung die Anwendung anderer Regelungen der vertraglichen oder außervertraglichen Haftung nicht aus, sofern diese auf anderen Grundlagen - etwa Verschulden - beruhen. Folglich unterlägen nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts die Voraussetzungen, unter denen eine von einer benannten Stelle begangene schuldhaftige Verletzung der ihr im Rahmen des Verfahrens der EG-Konformitätserklärung gemäß der RL 93/42 obliegenden Pflichten die Haftung dieser Stelle gegenüber den Endempfängern der Medizinprodukte begründen kann, vorbehaltlich der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität dem nationalen Recht.

70

Der BGH hat sodann darauf hingewiesen, dass sich aus diesem Urteil des EuGH selbst keine zivilrechtliche Haftung der benannten Stelle ergebe. Das schließe allerdings die Anwendung anderer Regelungen der vertraglichen oder außervertraglichen Haftung nach deutschem Recht nicht aus, sofern diese auf anderen Grundlagen - etwa Verschulden - beruhen (BGH, Urteil vom 22. Juni 2017 - VII ZR 36/14 -, Rn. 37, juris). Daran, dass diese Haftung nach deutschem Recht „den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität“ genügen würde, hatte der BGH offensichtlich keinen Zweifel.

71

cc) Das gilt nach Auffassung des Senats in gleichem Maße für die hier streitgegenständlichen Fragen um angeblich „unzulässige Abschaltvorrichtungen“. Wie oben bereits ausgeführt, dienen weder die einschlägigen EU-Richtlinien und -Verordnungen noch die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV dem Schutz individueller Interessen. Selbst wenn sie gleichwohl auch den Schutz der geschädigten Autokäufer bezwecken würden, würde sich daraus noch nicht zwingend ergeben, dass sie Rechte zugunsten der geschädigten Autokäufer für den Fall schaffen sollten, dass die Fahrzeughersteller ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, sodass sich auch hier nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts die Voraussetzungen, unter denen eine Haftung der Fahrzeughersteller gegenüber den Autokäufern als

„Endempfängern“ begründet sein kann, vorbehaltlich der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität nach dem nationalen Recht richten.

72

Insoweit erscheinen die Autokäufer durch die allgemein anerkannten Haftungsnormen des deutschen Zivilrechts (insbes. kaufrechtliche Ansprüche und Vorsatzhaftung nach § 826 BGB) hinreichend geschützt. Dass es aus Gründen der „Äquivalenz und der Effektivität“ europarechtlich zusätzlich der Begründung einer Fahrlässigkeitshaftung gem. § 823 II BGB i.V.m. Art. 5 II, 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 bedürfte, sieht der Senat nicht und haben weder der EuGH noch der BGH im - insoweit durchaus vergleichbaren - Fall der Haftung für Medizinprodukte erwogen.

C.

73

Darlegung und Nachweis für den konkret streitgegenständlichen Motor Wie soeben dargelegt, muss die gebotene Darlegung und der Nachweis einer angeblichen „unzulässigen Abschaltvorrichtung“ zumindest grundsätzlich auf den im streitgegenständlichen Fahrzeug konkret verbauten Motor gerichtet sein.

74

1. Vorliegend ist die Berufung daher schon deshalb offensichtlich unbegründet, weil der Kläger zu der zentralen Vorfrage, welcher Motortyp in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut ist, keinen schlüssigen berücksichtigungsfähigen Vortrag und keinen Beweis erbracht hat.

75

a.) Gemäß S. 3 unten des für den Senat gem. § 314 ZPO bindenden Tatbestandes, auf S. 10 oben der Berufungsbegründung (Bl. 154) und S. 8 des verspäteten Schriftsatz vom 05.06.2019 (Bl. 197), behauptet er, es sei hier ein Motor des Typs N47 verbaut. An anderer Stelle in der Berufungsbegründung (S. 3 oben, Bl. 147) und in dem (verspäteten) Schriftsatz vom 05.06.2019 (S. 7, Bl. 196) verweist er auf einen erstinstanzlichen Vortrag, in dem von einem Motor B47 die Rede ist bzw. nimmt einen „streitgegenständlichen Motor B47“ in Bezug. Auf S. 5 unten der Berufungsbegründung trägt der Kläger zum Motor „hier eben N47/ B47 (BMW)“ vor. Sein Vortrag ist mithin in sich widersprüchlich.

76

Die Beklagte hat dagegen schon in der Klageerwiderung (Bl. 25) und erneut in der Berufungserwiderung (Bl. 174f.) den klägerischen Vortrag bestritten, so dass der Motortyp des streitgegenständlichen Fahrzeugs keineswegs „zwischen den Parteien unstreitig gestellt wurde“, wie vom Kläger behauptet (Bl. 149, 258). Die Beklagte behauptet vielmehr, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug der Baureihe F36 ein Motor des Typs B47O verbaut sei und ein Motor des Typs N47 nur bei dem Vorgängermodell der Baureihe F33 verwendet worden sei (Bl. 174).

77

b.) Beweis zu einem im streitgegenständlichen Fahrzeug tatsächlich verbauten Motor N47 wurde vom Kläger nicht angeboten. Soweit er zum Beweis des Einbaus eines Motors „B47“ auf eine Übersicht über „BMW N47“ von Wikipedia (Anlage K 8) verweist (Bl. 6 unten/ 7 oben der Berufungsbegründung), kommt dieser offensichtlich kein Beweiswert für die Frage zu, welcher konkrete Motortyp im streitgegenständlichen Fahrzeug (dessen Hubraum im Übrigen unbekannt ist) tatsächlich Verwendung gefunden hat.

78

Daher liegt der gesamte Vortrag des Klägers zu angeblichen Mängeln eines Motors Typ N47 von vorneherein neben der Sache. Dass ein solcher Motor im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut wäre, hat er nicht nachgewiesen. Mangels schlüssigem Vortrag und Beweisangebot zum streitgegenständlich verbauten Motor fehlt es schon deshalb an hinreichendem Klagevortrag und die Berufungsrüge auf S. 2/ 3 geht ins Leere, denn selbstredend kann eine etwaig „unzulässige Abschaltvorrichtung“ nur beurteilt werden, wenn der im streitgegenständlichen Fahrzeug konkret verbaute Motortyp, dem auch der Kläger selbst offensichtlich zentrale Bedeutung beimisst (Bl. 149 unten), dargelegt und ggfs. unter Beweis gestellt wurde.

79

c.) An dieser prozessualen Ausgangslage ändern die Ausführungen des Klägers auf S. 11 f. des Schriftsatzes vom 19.08.2019 nichts. Es war, wie soeben aufgezeigt, bisher gerade nicht unstreitig, dass im Fahrzeug des Klägers der von der Beklagten benannte Motortyp verbaut wäre. Soweit der Kläger vorträgt,

es handle sich bei seinem Vortrag um eine „ersichtlich versehentlich falsche Bezeichnung des streitgegenständlichen Motors“ (Bl. 258), die „in einem Hinweis nach § 139 ZPO (hätte) Niederschlag“ finden müssen, ist folgendes anzumerken:

- Wie anhand des widersprüchlichen Klägervortrages aufgezeigt, ist schon eine versehentlich falsche Bezeichnung des Motors nicht ersichtlich, die eine etwaige Hinweispflicht hätte auslösen können.

- In einem Zivilprozess gelten auf der Grundlage der ZPO folgende Grundsätze: Den Parteien obliegt die Beibringung des Tatsachenstoffes, der Entscheidungsgrundlage in einem Prozess sein soll. Der Klagepartei obliegt es dabei schlüssig vorzutragen, mithin Tatsachen darzutun, die den Klageantrag rechtfertigen. Diese allseits bekannten Grundsätze sind nicht hinweispflichtig nach § 139 ZPO. Abgesehen davon wurde bereits durch das Erstgericht mehrfach und rechtzeitig auf die Unschlüssigkeit des klägerischen Vortrages hingewiesen, worauf nachfolgend im Abschnitt D.1.c.dd. noch näher einzugehen sein wird.

80

2. Der Berufung vermag auch nicht zum Erfolg zu verhelfen, dass der Kläger versucht, alle Fahrzeuge der Beklagten quasi „über einen Kamm zu scheren“, indem er vorträgt „Liegt eine illegale Abschaltvorrichtung vor, so betrifft diese im Regelfall die gesamte Reihe“ (Bl. 149 unten). Erstens ist jedenfalls vorliegend völlig offen, ob eine solche illegale Abschaltvorrichtung überhaupt verbaut wurde. Zweitens ist dem Senat die dogmatische Herkunft eines solchen „Regelfalls“, der auch nicht schlüssig und substantiiert erläutert wurde, nicht nachvollziehbar, da es nicht einleuchtet sämtliche Motoren einer Motorenfamilie/ einer Baureihe ohne Berücksichtigung ihrer technischen Merkmale dem Generalverdacht einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu unterwerfen (so auch OLG Köln, aaO, Rz. 5). Wollte man aber tatsächlich einen solchen, wie auch immer gearteten „Regelfall“ annehmen, würde die beanstandungslose Prüfung von Fahrzeugen der Marke BMW anderen Typs durch das KBA wohl eher dafür sprechen, dass auch kein Anlass für Beanstandungen des vorliegenden Fahrzeugs besteht. Im Übrigen ist auch nicht nachgewiesen, dass es sich um dieselbe Baureihe handelt. Denn der Behauptung der Beklagten zufolge wurde in dem streitgegenständlichen Fahrzeug der Baureihe F36 ein Motor des Typs B47O verbaut und ein Motor des Typs N47 nur bei dem Vorgängermodell aus Baureihe F33 verwendet, sodass der vom Kläger reklamierte Erfahrungssatz auch deshalb nicht eingreifen würde.

81

Unbehelflich ist folglich auch der Hinweis im Schriftsatz vom 19.08.2019, S. 11 unten, „ob diese Motoren nun N47, B47 oder ganz anders heißen ist in dem Moment, in dem sie vergleichbar sind, nicht mehr relevant“ (Bl. 257), denn gerade letzteres wurde vom Kläger - jedenfalls im Hinblick auf konkrete Abschaltvorrichtungen - nicht ansatzweise schlüssig oder gar substantiiert dargelegt, sondern wird lediglich pauschal behauptet.

D. Haftung wegen Verwendung einer sog. „Manipulationssoftware“

1. Schädigungshandlung

82

a.) Der diesbezügliche Vortrag des Klägers wäre wohl jedenfalls noch schlüssig im oben unter B. 2. ausgeführten Sinne. Denn dass eine Abschaltvorrichtung, die gerade dazu dient, bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen, um auf diese Weise die Einhaltung der (andernfalls nicht erreichten) Emissionsgrenzwerte sicherzustellen, unzulässig wäre, liegt auf der Hand (BGH, Beschluss vom 08. Januar 2019 - VIII ZR 225/17 - Rn. 13, zu dem VW-Motor EA189).

83

b.) Allerdings hat der Kläger nicht nachgewiesen, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug, wie von ihm zumindest anfänglich (bis zum Schriftsatz vom 19.08.2019) behauptet, ein Motor vom Typ N47 verbaut ist. Darauf, ob dieser Motor vom Typ N47 eine „Manipulationssoftware“ aufweist, kommt es daher von vorneherein nicht an (s.o.).

84

c.) Zudem fehlen - auch zu einem Motor B47O - hinreichende greifbare Anhaltspunkte dafür, dass der streitgegenständliche Fahrzeugmotor eine derartige „Manipulationssoftware“ enthält; daher erweist sich der diesbezügliche Vortrag des Klägers letztlich als „ins Blaue hinein“, wie schon das Landgericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat (so auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.09.2018, Az.: 22 U 95/18, Rz.: 12ff.;

OLG Koblenz, aaO, Rz. 32ff.). Diesbezüglichen Beweisangeboten des Klägers ist das Landgericht daher zu Recht nicht nachgegangen.

85

aa) Eine entscheidungserhebliche Rechtsverletzung des § 286 Abs. 1 ZPO in Form eines unzulässig übergangenen Beweisangebotes bezüglich des Zeugen J. liegt insoweit nicht vor:

86

(1) Die Ablehnung eines Beweises für eine beweisrelevante Tatsache ist nur dann zulässig, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann (BGH NJW 1991, 2707). Dann liegt in Wahrheit ein der Ausforschung dienender sog. „Beweismittlungsantrag“ vor, durch den sich die Partei erst die Grundlage für genügend konkreten Sachvortrag beschaffen will (vgl. z.B. Thomas/Putzo, ZPO, 40. Aufl. 2019, § 284 Rz. 3). Die Zurückweisung einer beantragten Zeugenvernehmung wegen Ungeeignetheit des Beweismittels kommt ansonsten nur ausnahmsweise in Betracht, wenn es völlig ausgeschlossen erscheint, dass diese Vernehmung sachdienliche Erkenntnisse erbringen kann; weder die Unwahrscheinlichkeit der Tatsache noch die Unwahrscheinlichkeit der Wahrnehmung der Tatsache durch den benannten Zeugen berechtigen den Tatrichter schon dazu, von der Beweisaufnahme abzusehen (BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2018 - XII ZR 99/17).

87

(2) Die - bereits verspätet, s.o. - auf S. 3 der Berufungsbegründung wiederholte, mit Schriftsatz vom 07.02.2019 (Bl. 86) verspätet unter Zeugenbeweis (Zeuge J.) gestellte Tatsachenbehauptung „In der Motorsteuerung der Motoren B47 wurde eine Abschaltvorrichtung verbaut, die unter bestimmten Umständen die Abgasreinigung dauerhaft deaktiviert oder weniger wirksam macht“ ist nicht entscheidungserheblich bzw. angesichts des oben näher dargestellten Sachvortrages widersprüchlich, da der Kläger selbst bislang auch von einem „hier verbauten Motor N47“ (s.o.) ausging. Zudem wird nicht konkret („unter bestimmten Umständen“) zum angeblich deliktischen Handeln der Beklagten vorgetragen, so dass mangels näherer Bezeichnung der unter Beweis gestellten Tatsachenbehauptung deren Schlüssigkeit nicht beurteilt werden kann. Denn „unter bestimmten Umständen“ kann eine Abschaltvorrichtung auch gem. Art. 5 II der VO (EG) Nr. 715/ 2007 zulässig sein. Es handelt sich mithin um einen unbeachtlichen sog. Beweismittlungsantrag, der der Ausforschung dient und auch keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten auslöst (s.o.).

88

(3) Dies bestätigt im Übrigen auch der weitere, offensichtlich zur Untermauerung der unter Beweis gestellten Tatsachenbehauptung erbrachte Vortrag des Klägers bezüglich des Zeugen J.: Dieser habe bei seinem Arbeitgeber V. bereits am 22.07.2015 seinem damaligen Vorsitzenden D. über die Abschaltvorrichtung bei Volkswagen berichtet. Dabei habe man „unter anderem erörtert, dass es bei Fahrzeugen der Beklagten - auch nach Auffassung des Herrn D. - eine ähnliche Funktion wie die Abschaltvorrichtung bei Volkswagen gegeben habe und weiter gebe. Dieses Modul wird bei der Beklagten intern als 14/15 - V Funktion bezeichnet“ (Bl. 147). Denn der Zeuge soll offensichtlich nicht eine Tatsache, sondern eine „Auffassung“ eines Dritten, mithin eine Vermutung ohne jede Aussagekraft bezeugen. Im Übrigen soll sich diese „Auffassung“ nur auf eine „ähnliche Funktion wie die Abschaltvorrichtung bei Volkswagen“ beziehen, deren Entscheidungserheblichkeit sich nicht erschließt und deren Vorhandensein von der Beklagten bestritten wurde (Bl. 118).

89

(4) Diese Erwägungen werden durch die Stellungnahme des Klägers auf S. 12 des Schriftsatzes vom 19.08.2019 offensichtlich nicht erschüttert. Das Beweisangebot selbst mag partiell hinsichtlich des bezeichneten Motortyps substantiiert sein, ist aber auf der Grundlage des unschlüssigen Klägervortrages widersprüchlich bzw. nicht entscheidungserheblich und im Übrigen wegen nicht rechtzeitig entschuldigtem, verspätetem Vortrag präkludiert (s.o.).

90

bb) Auch der Berufungsvortrag des Klägers (S. 3 der Berufungsbegründung) bezüglich der angeblich „konkret ... mit deren Stellung im Unternehmen“ unter Angabe der „Überlegungen hinter der Einführung einer Abschaltvorrichtung“ benannten Zeugen B., T., S., M., Brehm und Mu. etc, die die „Verwendung dieser Funktion 14/ 15 - V und die Tatsache, dass diese außerhalb des NEFZ - Zyklus die Abgasreinigung

dauerhaft reduziert bzw. ganz herunterführt“, bestätigen können sollen, vermag das Ersturteil nicht zu erschüttern.

91

Die Berufungsrüge genügt schon nicht den allgemeinen Verfahrenshinweisen des Senats bzw. dem Gesetz (§§ 520 III 2 Nr. 3, 529 I Nr. 2 ZPO), da nicht angegeben wird, wann in 1. Instanz diesbezügliche, entscheidungserhebliche Beweisangebote unterbreitet worden sein sollen. Soweit die Zeugen in 1. Instanz - verspätet - erst im Schriftsatz vom 07.02.2019 (Bl. 86) als „bereits benannt“ angegeben wurden, ohne dass in irgendeiner Form deren konkrete Bedeutung für das Verfahren erstinstanzlich erläutert worden wäre, war deren Einvernahme unzulässig, wurde mithin vom Landgericht nicht unzulässig übergangen. Denn neben der Funktion der Zeugen bleibt völlig im Dunkeln, welche konkrete Bedeutung die Beweisbehauptung zur „Funktion 14/ 15 - V“ für eine etwaige (welche/ wann?) Schädigung der Klägers im vorliegenden Falle haben soll. Auch insoweit liegt in Wahrheit nur ein der Ausforschung dienender sog. „Beweisermittlungsantrag“ vor, der auch noch keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten auslöst (s.o.).

92

Soweit der Kläger allenfalls andeutungsweise seinen Beweisvortrag erstmals in der Berufungsbegründung (Bl. 147) ergänzt, ist dieser Vortrag gemäß § 531 II ZPO schon deshalb präkludiert, da ein Zulassungsgrund nicht vorgetragen wurde. Außerdem genügt auch dieser Vortrag nicht den oben dargelegten Grundsätzen für einen hinreichenden Vortrag bezüglich einer konkret unzulässigen Abschaltvorrichtung.

93

cc) Auch ist keine entscheidungserhebliche Rechtsverletzung in Form einer angeblich unzulässig übergangenen Einholung eines Sachverständigengutachtens erkennbar; dies wurde vielmehr zu Recht vom Erstgericht abgelehnt:

94

(1) Auch insoweit genügt die Berufungsrüge mangels Konkretisierung des konkreten Beweisangebots/ der konkreten Beweistatsache, die übergangen worden sein soll, schon nicht den allgemeinen Verfahrenshinweisen des Senats bzw. dem Gesetz (§§ 520 III 2 Nr. 3, 529 I Nr. 2 ZPO). Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen begründen könnten, wurden nicht dargetan. Dem muss gerade im vorliegenden Fall auch besondere Bedeutung beigemessen werden, da

- der Kläger in umfangreichen Schriftsätzen zu diversen angeblich unzulässigen Abschaltvorrichtungen vorgetragen hat, ohne immer sauber zu differenzieren (s. z.B. S. 3ff. des Schriftsatzes vom 07.02.2019, in dem die angeblich unzulässigen Abschaltvorrichtungen sozusagen nahtlos ineinander übergehen) und dabei an verschiedenen Stellen den Beweisantritt Sachverständigengutachten eingestreut hat (z.B. auf S. 7 der Klage, auf S. 4 des Schriftsatzes vom 02.10.2018, Bl. 40, auf S. 3/ 4 des Schriftsatzes vom 07.02.2019, Bl. 86f.),

- in einem Zivilprozess der Beibringungsgrundsatz gilt und

- es auf eine unzulässige Ausforschung hinausliefe, würde man „aufklären, ob eine Abschaltvorrichtung gem. Art. 5 II VO (EG) Nr. 715/ 2007 vorliegt und ob diese zulässig ist“ (Bl. 148 unten).

95

(2) Der Kläger hat einen BMW 420d, Baujahr 2016, Euro Norm 6 erworben, für den es weder irgendwelche Anordnungen seitens des Kraftfahrtbundesamtes (nachfolgend abgekürzt: KBA) noch eine Rückrufaktion der Beklagten noch eine Aufforderung zu einem Softwareupdate bzw. einer Nachrüstung der Software gibt. Schon dass sein Fahrzeug wie von ihm ursprünglich behauptet einen Motor Typ N47 enthält, hat er nicht bewiesen (s.o.), so dass seine diesbezüglichen Behauptungen zu angeblichen Abschaltvorrichtungen schon deshalb nicht entscheidungserheblich sind.

96

Unter Bezugnahme auf einen Artikel in der Süddeutschen Zeitung vom 12.07.2017 zur „Rolle der Beklagten in der „Diesel - Affäre“ trug der Kläger einleitend vor, dass „bereits seit dem Jahr 2008 ... nach Medienberichten durch die Beklagte mehrere Millionen Dieselfahrzeuge mit einem unzulässig hohen Schadstoffausstoß verkauft“ worden seien (Bl. 4). Die Beklagte habe dabei ein ähnliches Softwaresystem wie die V. AG auch im streitgegenständlichen Fahrzeug verwendet, „um den Schadstoffausstoß zu senken“ (Bl. 6). Er untermauerte dies mit Einlassungen der D. vom 05.12.2017 zu einem BMW Touring 320d, Euro

Norm 6 (Bl. 4), die laut Pressemitteilung des KBA vom 15.02.2018 keine Veranlassung zur Einleitung von Maßnahmen gaben (Anlage B 1), Messungen des Umweltbundesamtes bzw. der Technischen Universität Graz zu einem BMW 320d, Baujahr 2012, Euro Norm 5, (Bl. 6), mit einem Rückruf des KBA zu Fahrzeugen des Typs BMW M 550 und BMW 750 3.0 Diesel Euro 6 vom 03.04.2018 (Bl. 38) und mit Messwerten zu BMW X3 xDrive 20d und BMW X5 xDrive 30d (Bl. 42). Sodann trug er vor, dass es „letztlich ... auf die Feststellung der einen Prüfzyklus erkennenden Software gar nicht wesentlich ankommen“ wird, „da das streitgegenständliche Fahrzeug auch über ein so genanntes Thermofenster“ verfüge (Bl. 85 unten), wie in Verfahren vor dem LG Stuttgart, z.B. Az.: 23 O 178/ 18, betreffend Fahrzeuge der Hersteller D. AG und A. AG (Bl. 85ff.).

97

All das liefert keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeugmotor eine „Manipulationssoftware“ verbaut ist. Der Vortrag befasst sich durchgehend mit anderen Wagentypen; dass einer davon denselben Motor wie das Fahrzeug des Klägers aufweisen würde, ist nicht hinreichend vorgetragen. Der Kläger äußert mithin losgelöst von dem in seinem Fahrzeug eingebauten Motortyp letztlich spekulativ den Generalverdacht, dass auch bei seinem Fahrzeug eines anderen Fahrzeugherstellers, das nicht von dem im Rahmen des sog. Dieselskandals bekannt gewordenen Motors des Typs VW EA 189 angetrieben wird, vom Vorliegen einer entsprechenden Manipulationssoftware ausgegangen werden müsse (so auch OLG Koblenz, aaO, Rz. 32f.).

98

(3) Daher war die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu einer etwaigen Schädigungshandlung der Beklagten vorliegend auch deshalb nicht geboten, da der Kläger ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines dahingehenden Sachverhalts willkürlich und erkennbar ohne Substanz Behauptungen zur von der Beklagten angeblich verbauten „Manipulationssoftware“ „aufs Geratewohl“ bzw. „ins Blaue hinein“ aufgestellt hat, so dass der (nicht näher konkretisierte) Beweisantritt Sachverständigengutachten nicht dem Beweis vorgetragener Tatsachen zu dienen bestimmt ist, sondern stattdessen die Ausforschung von Tatsachen bezweckt, mithin unzulässig ist, und keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten gemäß den oben dargelegten Grundsätzen auslöst.

99

(4) Diese Überlegungen des Senats werden durch die Anmerkung des Klägers auf S. 3 des Schriftsatzes vom 19.08.2019, wonach Vortrag ins Blaue hinein gerade angestellt werde, um herauszufinden, ob der klägerische Vortrag für die Anordnung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens ausreiche, nicht erschüttert. Denn sie ändern an der vom Senat im Einzelnen dargelegten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast und den Anforderungen an eine Auslösung der sekundären Darlegungslast nichts.

100

dd) Eine an verschiedenen Stellen der Berufungsbegründung gerügte Verletzung von § 139 ZPO vermag der Berufung ebenfalls nicht zum Erfolg zu verhelfen, da das Erstgericht den Kläger mit Terminladung vom 25.10.2018 (Bl. 60/ 61) und erneut in der mündlichen Verhandlung vom 17.01.2019 (Bl. 82) auf nicht hinreichend schlüssigen Sachvortrag hingewiesen hatte. Abgesehen davon fehlt der nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Beschluss vom 28.07.2016, Az.: III ZB 127/ 15) erforderliche Berufungsvortrag dazu, was bei (noch weiterer) Gewährung rechtlichen Gehörs vorgetragen worden wäre und dass nicht auszuschließen ist, dass dieser Vortrag zu einer anderen Entscheidung des Erstgerichts geführt hätte.

2. Schädigungsvorsatz

101

Im Übrigen wurde unter Berücksichtigung der oben dargestellten Rechtssätze auch hinreichender Sachvortrag zu den subjektiven Voraussetzungen einer Haftung gemäß §§ 826, 31 BGB im Zusammenhang mit der Verwendung einer etwaigen Manipulationssoftware nicht erbracht.

102

a.) Der Kläger hat zum Vorsatz der Beklagten und einer etwaigen Zurechnung des Verhaltens ihrer Organe nur rudimentär vorgetragen, in der Klage auf S. 14 unten („Die Beklagte hat vorsätzlich gehandelt“ unter Berufung auf ein Urteil des LG Nürnberg - Fürth, Az.: 8 O 5990/ 16, das einen anderen Fahrzeughersteller betraf) und S. 16 Mitte („Die schädigende Handlung ist der Beklagten zuzurechnen gem. §§ 826, 31 BGB

und erfolgte vorsätzlich“), auf S. 18 des Schriftsatzes vom 02.10.2018, Bl. 54 (“Die Beklagte hat vorsätzlich gehandelt...“) und auf S. 22 des (verspäteten) Schriftsatzes vom 07.02.2019, Bl. 105 (“Die Beklagte hat vorsätzlich gehandelt...“, „Die Klagepartei hat vorliegend hinreichend dargelegt, dass der Vorstand der Beklagten von Manipulationen gewusst haben muss“ - Anm. des Senats: diesbezügliche Darlegungen sind nicht ersichtlich), wobei diese Behauptungen ausweislich der Ausführungen im Schriftsatz unter Ziff. 1 wohl das sog. Thermofenster betreffen dürften. Mithin fehlt es auch an jeglichem konkreten Vortrag der Klagepartei, welches verfassungsmäßige Organ angeblich zu welchem Zeitpunkt Kenntnis von welchen Tatsachen hatte und den Kläger habe schädigen wollen. Auch insoweit erscheint der Vortrag des Klägers hier letztlich „ins Blaue“/ ohne konkrete Anhaltspunkte für seine Behauptungen, so dass dieser schon deshalb - unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange beider Parteien - keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten auslösen kann (so auch OLG Köln, aaO, Rz. 6).

103

b.) Die Ausführungen des Klägers auf den S. 4 - 7 seines Schriftsatzes vom 19.08.2019 ändern an all dem nichts, denn auch hiermit genügt er der ihm obliegenden Darlegungslast schon nicht. Der Kläger überträgt vielmehr weiterhin „einfach“ undifferenziert etwaige in den VW-Dieselfällen, in denen der Sachverhalt schon deshalb grundlegend anders gelagert ist, weil dort neben dem verbauten Motortyp unstreitig ist, dass eine Manipulationssoftware eingesetzt wurde, unter Umständen relevante, von zahlreichen Gerichten bereits angestellte, rechtliche Überlegungen zum „Vorsatz bzw. der Wissenszurechnung“ auf den vorliegenden Fall, in dem es jedoch keine greifbare Anhaltspunkte für die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form einer sog. Manipulationssoftware in dem streitgegenständlichen Fahrzeug gibt. Es mag sein, dass der Kläger nicht näher zu deren Entwicklung, Verwendung und Verbau vortragen kann. Er verkennt bei seinen Ausführungen aber, dass gleiches für die Beklagte gilt, nach deren Vortrag eine solche unzulässige Abschaltvorrichtung nicht zum Einsatz kam, so dass dieser unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Einzelfalls weiterer Vortrag zu etwaigen Abschaltvorrichtungen (welcher auch?) entgegen dem Beibringungsgrundsatz nicht möglich und nicht zumutbar ist. Der Senat teilt mithin, wie oben dargelegt, auf der Grundlage des vorliegenden Sach- und Streitstandes die Rechtsauffassung des Klägers nicht, wonach sich die Anforderungen an seine Darlegungen „auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale“ reduzieren (Bl. 252). Auch ist der klägerische Vortrag nicht „angesichts der dargelegten Messwerte und des Schlusses auf eine unzulässige Abschaltvorrichtung durch eine tatsächliche Vermutung gedeckt“ (Bl. 252), da sich die dargebotenen Messwerte nicht auf das streitgegenständliche Fahrzeug, dessen Motortyp zumindest bisher vom Kläger nicht schlüssig dargelegt und bewiesen wurde, beziehen.

E.

104

Haftung wegen Verwendung eines sog. Thermofensters Zutreffend hat das Erstgericht auch einen deliktischen Anspruch im Zusammenhang mit der vom Kläger mit nicht nachgelassenem, verspäteten Schriftsatz vom 07.02.2019 (Bl. 84/ 112) erstmals vorgetragenen, angeblich unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form eines sog. Thermofensters verneint.

1. Schädigungshandlung

105

Eine objektiv sittenwidrige Schädigungshandlung seitens der Beklagten ist nicht hinreichend dargetan.

106

a.) Das KBA führt auf seiner Webseite aus: „Das Thermofenster ist kein fest definierter Begriff, (dieser) wird aber häufig verwendet, um das Abgasverhalten von Fahrzeugen im Betrieb abhängig von der Außentemperatur zu beschreiben. Ein Thermofenster kann eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellen.“

107

Experten sprechen von einem „Thermofenster“, wenn die Abgasreinigung abhängig von der Außentemperatur gesteuert wird. Grund sind Kohlenwasserstoffe und Ruß im Abgas. Wenn die unverbrannten Rückstände in den kalten Rohrleitungen kondensieren, setzen sie die abgasführenden Bauteile zu. Diese Erfahrung haben viele Hersteller gemacht: Unter Hinweis auf den gesetzlich zulässigen Bauteilschutz reduzieren sie die Abgasrückführung bei deutschen Durchschnittstemperaturen (Süddeutsche

Zeitung, Das Thermofenster - legal oder ni..., 22. Juli 2017). Eine von Bundesverkehrsminister Dobrindt eingesetzte „Untersuchungskommission“ hat dazu festgestellt: „Alle Hersteller nutzen Abschaltseinrichtungen“. Die Automobilindustrie und ihr folgend der Bundesverkehrsminister gehen davon aus, ein „Thermofenster“ sei zulässig (Führ, NVwZ 2017, 265).

108

Hierzu wird im vom Kläger auf S. 10 seines Schriftsatzes vom 07.02.2019 (Bl. 93) zitierten Abschlussbericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des BMVI (Anlage K 15) auf S. 123 im Abschnitt D. I. 2. b. nach Aufzeigen der Unschärfe der Bestimmung ausgeführt: „Konsequenz dieser Unschärfe der europäischen Regelung könnte sein, dass unter Berufung auf den Motorschutz die Verwendung von Abschaltseinrichtungen letztlich stets dann gerechtfertigt werden könnte, wenn von Seiten des Fahrzeugherstellers nachvollziehbar dargelegt wird, dass, ohne die Verwendung einer solchen Einrichtung dem Motor Schaden droht, sei dieser auch noch so klein“.

109

Die Bundesregierung hält sog. Thermofenster, innerhalb dessen die Hersteller die Abgasreinigung zurückfahren, für rechtlich zulässig, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen. Bei einigen der untersuchten Fahrzeugtypen hätte die Untersuchungskommission Zweifel gehabt, ob die „Thermofenster“ in vollem Umfang durch den Motorschutz gerechtfertigt seien, erklärte der Minister. Daraufhin habe die Untersuchungskommission die Hersteller aufgefordert, die betroffenen Fahrzeuge zurückzurufen. Es handele sich europaweit um rund 630.000 Fahrzeuge (Quelle: hib - heute im Bundestag Nr. 243 v. 27.04.2016, zitiert nach Juris).

110

b.) Ausreichender Vortrag des Klägers, der die Annahme einer diesbezüglichen sittenwidrigen Schädigungshandlung seitens der Beklagten tragen würde, wurde - wie vom Erstgericht zu Recht angenommen - (auch verspätet) nicht erbracht.

111

Dabei ist zunächst auf obige Ausführungen des Senats im Abschnitt C. zu verweisen, die auch für diese Form der unzulässigen Abschaltseinrichtung entscheidungserheblich sind.

112

Zu das sog. Thermofenster betreffendem Berufungsvortrag auf S. 6 ff. der Berufungsbegründung ist ergänzend folgendes anzumerken:

113

Der Kläger verweist (Bl. 150) hinsichtlich seines Sachvortrages auf seinen - verspäteten - Schriftsatz vom 07.02.2019, der allerdings bei näherer Betrachtung keinen substantiierten, den vorliegenden Lebenssachverhalt betreffenden Sachvortrag dazu enthält, dass das streitgegenständliche Fahrzeug diese angeblich unzulässige Abschaltseinrichtung aufweist. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Kläger über weite Strecken kurzerhand - ohne dies offenzulegen - längere Passagen aus dem Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 17.01.2019, Az.: 23 O 178/ 19 (das sich mit dem sog. Thermofenster bezüglich eines anderen Fahrzeugherstellers und eines anderen Fahrzeug befasst) übernommen und quasi zu eigenem Sach- (und Rechts-) vortrag „gemacht“ hat, nachdem der Klägervertreter am 23.01.2019 von dem Urteil Kenntnis erlangt hat (Bl. 248). Ein Abgleich der Urteilsgründe ab Rz. 25 mit dem Vortrag des Klägers auf den S. 5 ff. des vorgenannten Schriftsatzes legt dies offen:

- So führt der Kläger wortgleich mit dem eben zitierten Urteil z.B. auf S. 5 oben, 2. Absatz aus „Das Fahrzeug verfügt über eine unzulässige Abschaltseinrichtung...“ (= Rz. 25 des Urteils), auf S. 5 unten trägt er vor „Das streitgegenständliche Fahrzeug verfügt über eine solche Abschaltseinrichtung...“ (= Rz. 28 des Urteils), auf S. 6 oben behauptet er „Sicher unstreitig verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug über das sog. Thermofenster.“ (= Rz. 30, wo es allerdings nur heißt „Unstreitig verfügt das ...“).

- Der Vortrag auf S. 9 unten der Berufungsbegründung „Eine temperaturabhängige Reduktion der Abgasrückführung stellt ...“ vermag hinreichenden Sachvortrag zu einer unzulässigen Abschaltseinrichtung auch nicht zu begründen, da insoweit wiederum lediglich aus Rz. 32 des Urteils des Landgerichts Stuttgart „abgeschrieben“ wurde, mithin nichts zum streitgegenständlichen Lebenssachverhalt vorgetragen worden sein kann.

114

Soweit der Kläger sodann auf S. 10 oben der Berufungsbegründung „konkret“ zur „Optimierung der Thermofenster in dem hier verbauten Motor N47 der Beklagten“ Vortrag erbringt, ist dieser neu, von der Beklagten bestritten (Bl. 184) und mangels entsprechender Berufungsrüge i.S. von § 520 III Nr. 4 ZPO nicht zulassungsfähig (s.o.). Zudem ist nicht schlüssig vorgetragen und nicht nachgewiesen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug den dort genannten Motor N47 enthält (das behauptet der Kläger nunmehr offensichtlich selbst nicht mehr).

115

Auch mit dem verspäteten Schriftsatz vom 05.06.2019 genügt der Kläger, unabhängig von dessen Präklusion, seiner Darlegungslast nicht. Es bleibt schon unklar, welchen Motor die dortigen Ausführungen betreffen sollen; außerdem wird dort Art. 5 II der VO (EG) Nr. 715/ 2007 zwar zitiert, aber nicht subsumiert. Schließlich wurden dem Schriftsatz Anlagen ohne hinreichende Erläuterung beigelegt. Abgesehen davon lassen die weitgehend theoretischen, allgemeinen wissenschaftlichen Ausführungen konkreten Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug und erst recht zu einem konkreten deliktischen Handeln der Beklagten, an das bei einem sog. Thermofenster andere Anforderungen zu stellen sind, als bei dem Einsatz einer sog. Manipulationssoftware (so auch OLG Koblenz, aaO, Rz. 38f.), vermissen. Daher kann hier auch dahinstehen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein sog. Thermofenster objektiv zulässig sein kann.

116

c.) An all dem ändern die Ausführungen des Klägers auf S. 13 f. des Schriftsatzes vom 19.08.2019 nichts. Für den Senat ist schon nicht erkennbar, wo vorgetragen worden sein soll, dass „das streitgegenständliche Fahrzeug über ein Thermofenster verfügt wonach die Abgasreinigung nur im Temperaturbereich zwischen 20 und 30 Grad C zu 100% arbeitet“ (Bl. 259). Abgesehen davon wurde auf S. 10 der Berufungsbegründung (neu) vorgetragen, dass „die Abgasrückführung ... nur in einem Temperaturbereich zwischen +17 und +33 zu 100% vorgenommen“ wird. Zitate aus Urteilen, die als solches gekennzeichnet werden, sind nicht unzulässig, vermögen aber schon denklösig den Vortrag von konkreten, den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt betreffenden Tatsachen nicht zu ersetzen. Eine etwaige Bewertung eines Thermofensters als unzulässige Abschaltvorrichtung, bei der es sich nach Auffassung des Senats nicht um eine reine Rechtsfrage handelt, genügt nicht allein für die Annahme einer sittenwidrigen Schädigungshandlung.

2. Schädigungsvorsatz

117

Abgesehen davon hat der Kläger auch weder erstinstanzlich noch in der Berufungsbegründung schlüssigen Sachvortrag zum subjektiven Tatbestand des § 826 BGB erbracht.

118

a.) Dazu wäre jedenfalls eine konkrete Darlegung erforderlich gewesen, warum Organe der Beklagten die Verwendung einer - hier allerdings schon nicht schlüssig dargelegten, s.o. - unzulässigen Abschaltvorrichtung in Gestalt eines sog. Thermofensters mindestens billigend in Kauf genommen haben sollen. Dass die relevanten Umstände erkennbar waren und die Beklagte sie hätten kennen können oder kennen müssen, reicht für die Feststellung des Vorsatzes nicht aus, sondern rechtfertigt nur den Vorwurf der Fahrlässigkeit (BGH, Urteil vom 6. November 2015 - V ZR 78/14, Rz. 25). Insoweit dürfte hier - anders als in den VW-Fällen mit einer Abschaltvorrichtung, die erkennt, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befindet, und deren Unzulässigkeit somit offensichtlich ist, s.o. - der Streit um Zulässigkeit und Größe eines „Thermofensters“ eher einen Expertenstreit darstellen (vgl. dazu z.B. Führ, NVwZ 2017, 265 sowie die Quellen oben unter 1.a) als eine vorsätzliche „unerlaubte Handlung“ des Herstellers (ebenso z.B. OLG Koblenz, aaO, Rz. 38ff.; OLG Köln, aaO, Rz. 5; LG Oldenburg, Urteil vom 26.03.2019, Az.: 16 O 1410/18). Hinzu kommt, dass für einen etwaigen Vorsatz nicht auf einen heutigen Meinungsstand/ eine heutige Insoweit dürfte hier - anders als in den VW-Fällen mit einer Abschaltvorrichtung, die erkennt, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befindet, und deren Unzulässigkeit somit offensichtlich ist, s.o. - der Streit um Zulässigkeit und Größe eines „Thermofensters“ eher einen Expertenstreit darstellen (vgl. dazu z.B. Führ, NVwZ 2017, 265 sowie die Quellen oben unter 1.a) als eine vorsätzliche „unerlaubte Handlung“ des Herstellers (ebenso z.B. OLG Koblenz, aaO, Rz. 38ff.; OLG Köln, aaO, Rz. 5; LG Oldenburg, Urteil vom 26.03.2019, Az.: 16 O 1410/18). Hinzu kommt, dass für einen etwaigen Vorsatz nicht auf einen heutigen

Meinungsstand/ eine heutige Rechtsprechung, sondern auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des konkreten Fahrzeugs durch die Beklagte abgestellt werden muss (OLG Stuttgart, aaO, Rz. 84).

119

b.) Der Kläger hat es im - verspäteten - Schriftsatz vom 07.02.2019, S. 22 (Bl. 105) unter der Überschrift „2. Vorsatz“ dabei bewenden lassen zu behaupten, die Beklagte habe hier „vorsätzlich gehandelt“ und „eine unzulässige Abschaltanlage“ eingebaut. Auch der Vortrag in der Berufungsbegründung, S. 11ff., erschöpft sich in Allgemeinplätzen, der schlüssigen Tatsachenvortrag zu einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigungshandlung seitens der Beklagten durch Verbau eines unzulässigen Thermofensters nicht erkennen lässt. Damit genügt der Kläger seiner Darlegungslast nicht und sein Vortrag reicht im Übrigen auch nicht aus, um der Beklagten eine sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen.

120

Weitere Voraussetzungen von § 522 II Nr. 2 bis 4 ZPO Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, § 522 II Nr. 2 ZPO, die auch nicht allein dadurch entsteht, dass „offensichtlich eine Vielzahl von Fahrzeugkäufern bei der Beklagten“ ein Fahrzeug gekauft haben (Bl. 260). Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil, § 522 II Nr. 3 ZPO. Letztlich handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung des BGH unter tatrichterlicher Würdigung des individuellen Vorbringens des Klägers (ebenso OLG Koblenz, aaO, Rz. 43). Dabei steht die Rechtsauffassung des Senats im Einklang mit der Entscheidungspraxis anderer Oberlandesgerichte. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht geboten, § 522 II Nr. 4 ZPO. Dass eine der anerkannten Fallgruppen oder eine vergleichbare Konstellation vorliegt, wonach die Rechtsverfolgung für ihn existentielle Bedeutung hat, wie etwa in Arzthaftungssachen (BTDRs. 17/6406 S. 11), die ausnahmsweise die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 522 II Nr. 4 ZPO gebieten würde, hat der Kläger nicht dargelegt.

Nebenentscheidungen

121

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO.

122

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

123

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der § 3 ZPO, §§ 47, 48 GKG bestimmt.