

**Titel:**

**Keine Ansprüche wegen Verwendung eines Thermofensters**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

ZPO § 142

**Leitsätze:**

1. Das Verhalten der für einen Kraftfahrzeughersteller handelnden Personen ist nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) ausgestattet und in den Verkehr gebracht haben. Dies gilt auch dann, wenn mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt werde. Der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit ist nur gegeben, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Annahme objektiver Sittenwidrigkeit setzt deshalb voraus, dass die handelnden 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. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt. Dabei trägt die Klagepartei als Anspruchsteller für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast. Sie muss hierfür zumindest konkrete Anhaltspunkte aufzeigen. (Rn. 23 – 24) (redaktioneller Leitsatz)

3. Das Gericht darf mit einer auf § 142 ZPO gestützten Anordnung keinesfalls die Grenzen des Parteivortrages überschreiten. Die Bedeutung einer konkret zu bezeichnenden Urkunde für die begehrte Entscheidung muss sich vielmehr aus dem schlüssigen Parteivortrag ergeben. § 142 Abs. 1 ZPO befreit die Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, somit nicht von ihrer Darlegungs- und Substantierungslast. Dem entsprechend darf das Gericht die Urkundenvorlegung nicht zum Zwecke bloßer Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags anordnen. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Thermofenster, Umschaltlogik, Abgas-Skandal, sittenwidrige Schädigung, Motor OM 651

**Vorinstanz:**

LG Passau vom -- – 1 O 967/19

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 29927

**Tenor**

I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klagepartei gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen.

II. Die Klagepartei erhält Gelegenheit, sich zu I. bis zum 15.04.2021 zu äußern. Dabei wird der Klagepartei gem. § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO aufgegeben, ihre Stellungnahme entsprechend dem Hinweis des Senats zu gliedern. Ansonsten gelten die allgemeinen Präklusionsvorschriften (BT-Drs. 19/13828 S. 31).

III. Binnen derselben Frist können sich alle Beteiligten auch zum Streitwert des Berufungsverfahrens äußern, den der Senat beabsichtigt, auf bis zu 40.000 € festzusetzen.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Klagepartei macht gegen die Beklagte Ansprüche im Zusammenhang mit dem sog. Abgas-Skandal geltend.

**2**

Den Feststellungen des Landgerichts zufolge erwarb der Kläger am 22.01.2015 bei der Firma ... in Straubing einen von der Beklagten hergestellten Pkw Mercedes-Benz GLK 220 CDI mit einem Kilometerstand von 24.000 zum Preis von 33.412,52 € brutto. Die Erstzulassung des Fahrzeugs war am 25.09.2012 erfolgt.

**3**

Das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) beanstandete die Kalibrierung der Motorsteuerung als unzulässig und ordnete eine verpflichtende Rückrufaktion an, von der auch das streitgegenständliche Fahrzeug betroffen ist. Die Beklagte hat ein Update der Motorsteuersoftware entwickelt, welches vom KBA freigegeben wurde. Der Kläger hat das Update bislang nicht durchführen lassen.

**4**

Der Kläger hat danach in erster Instanz behauptet, die Beklagte habe in der Motorsteuerung eine illegale Abschaltvorrichtung verwendet, um die geltenden Abgasnormen zu umgehen. Die Software funktioniere so, dass die Abgasreinigung über die Temperatur optimiert sei (sog. Thermofenster). Auf dem Rollenprüfstand reagiere das Fahrzeug auf den dafür vorgesehenen Temperaturbereich von 10-18°C (bzw. laut Replik 20-30°C). Außerhalb des Temperaturbereichs emittiere das Fahrzeug deutlich mehr Stickstoffdioxid als vom Gesetzgeber innerhalb der gesetzlichen Grenzwerte vorgegeben. Im regulären Straßenbetrieb würden die NOx-Grenzwerte nicht eingehalten. Die EU-Konformitätsbescheinigung für das Fahrzeug sei falsch gewesen, weil das Fahrzeug in nicht EU-typengenehmigungskonformer Weise hergestellt worden sei und nicht dem genehmigten Typ entsprochen habe. Das angebotene Softwareupdate beseitige den Mangel nicht. Die Beklagte habe die Abschaltvorrichtung vorsätzlich zwecks Gewinnmaximierung verbaut.

**5**

Die Beklagte hat danach in erster Instanz eingewandt, das Fahrzeug verfüge über eine wirksame EG-Typengenehmigung und könne uneingeschränkt genutzt werden. Das Fahrzeug halte die NOx-Grenzwerte im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Tests ein. Eine Umschaltlogik wie im VW-Motor EA 189 sei im gegenständlichen Fahrzeug nicht verbaut. Die Rechtsauffassung der Beklagten (bzgl. der Zulässigkeit des Thermofensters) sei jedenfalls vertretbar. Das Emissions- und Verbrauchsverhalten des Fahrzeugs außerhalb der gesetzlichen Prüfbedingungen sei irrelevant; maßgeblich sei allein die Einhaltung der Grenzwerte unter den vorgeschriebenen Prüfbedingungen. Zum Schutz des Motors könne es erforderlich sein, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Das AGR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug sei selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv. Gegen den Bescheid, durch welchen das KBA nachträgliche Nebenbestimmungen angeordnet habe und von dem auch das streitgegenständliche Fahrzeug betroffen sei, habe die Beklagte Widerspruch eingelegt.

**6**

Mit ihrer Klage begehrt die Klagepartei zuletzt die Zahlung von 33.412,52 € nebst Delikts- und Verzugszinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung, dass sich die Beklagte in Annahmeverzug befindet, die Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz für aus der Manipulation resultierende Schäden und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

**7**

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen mangels Vorliegens einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung. Selbst wenn man unterstelle, dass das im streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene Thermofenster als eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren sei, wäre eine Sittenwidrigkeit nicht zu begründen. Im Gegensatz zu der im Motor EA 189 durch die Volkswagen AG verbauten Umschaltlogik sei diese Einrichtung nicht auf ein Erschleichen der Typengenehmigung durch Erkennung der Prüfstandssituation und Abschaltung der Abgasrückführung im regulären Betrieb ausgelegt. Beim Thermofenster hänge die Aktivierung der Abgasrückführung allein von der Umgebungstemperatur ab und sei damit unabhängig von der Prüfsituation. Die daher darüber hinaus erforderlichen Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die unzulässige Abschaltvorrichtung in dem Bewusstsein verwendete, hiermit möglicherweise gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen und diesen Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahm, lägen nicht vor. Angesichts der verschiedenen Auffassungen, die zur Zulässigkeit des

Thermofensters vertreten werden, sei die Gesetzeslage an dieser Stelle nicht unzweifelhaft und eindeutig. Es müsse daher eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe des Herstellers in Betracht gezogen werden. Dass die Beklagte bei Inverkehrbringen des Fahrzeugs selbst davon ausgegangen sei, es handele sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung, sei nicht erweislich. Die Beklagte stehe heute noch - wenn auch möglicherweise zu Unrecht - auf dem Standpunkt, dass dem nicht so sei.

## 8

Auch ein Schädigungsvorsatz sei daher nicht nachgewiesen. Für ein bewussten Gesetzesverstoß der Beklagten und eine zumindest billigende Inkaufnahme desselben ergäben sich aus dem Parteivortrag keine zureichenden Anhaltspunkte. Mangels anderweitiger greifbarer Anhaltspunkte sei allenfalls von einer fahrlässigen Verkennung der Rechtslage auszugehen.

## 9

Damit fehle es auch für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB an dem Nachweis einer willentlichen Täuschung des Käufers über das nicht Vorhandensein einer solchen (möglicherweise unzulässigen) Einrichtung.

## 10

Hiergegen wendet sich die Berufung der Klagepartei mit ihren Anträgen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 33.412,52 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 13.09.2019 Zug um Zug gegen Übergabe und Rückübergabe des Fahrzeugs Mercedes, Typ: GLK 220 CDI 4Matic BlueEF, FIN: ... zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1) genannten Fahrzeugs seit dem 13.09.2019 im Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen für Schäden die aus der Manipulation des Fahrzeugs Mercedes, Typ: GLK 220 CDI 4Matic BlueEF, mit der FIN ... durch die Beklagte resultieren.
4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.434,74 EUR freizustellen.

## 11

Ergänzend wird auf das angefochtene Urteil und die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren Bezug genommen.

## II.

## 12

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klagepartei gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen, da er einstimmig davon überzeugt ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats nicht erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

## 13

Die Entscheidung des Landgerichts hält den von der Berufung erhobenen Einwendungen ausgehend von der aktuellen Rspr. des BGH stand:

## 14

1. Vorauszuschicken ist, dass die Berufungsbegründung in weiten Teilen 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). Auch das verspätete Vorbringen hätte aber keine andere Entscheidung gerechtfertigt, wie unten näher ausgeführt wird.

## 15

Ebenfalls vorzuschicken ist, dass vorgelegte Anlagen lediglich zur Erläuterung des schriftsätzlichen Vortrags dienen, diesen aber nie ersetzen können (BGH, NJW 2008, 69, Rz. 25 m.w.N.). Die Gerichte sind auch nicht verpflichtet, umfangreiche ungeordnete Anlagenkonvolute von sich aus durchzuarbeiten, um so die erhobenen Ansprüche zu konkretisieren (z.B. BGH, NJW-RR 2004, 639 [640]; BGH, Urteil vom 17. März 2016, III ZR 200/15 Rn. 19 m.w.N.). Zumindest im Anwaltsprozess obliegt es daher dem Prozessbevollmächtigten, den Vortrag der Partei selbst zu ordnen, Anlagen auszuwerten und die Tatsachen nach Rechtsgesichtspunkten hervorzuheben und vorzutragen. Pauschale Verweisungen auf Anlagen sind unzulässig (z.B. Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage 2017, § 130 Rnr. 10 m.w.N.) und genügen ohne inhaltliche Auswertung der Anlage der Darlegungslast nicht (BGH NJW 2017, 2617 Rz. 33).

## 16

2. Da die Beklagte, die den Dieselmotor hergestellt hat, der Klagepartei das streitgegenständliche Fahrzeug nicht verkauft hat, kommen nur deliktsrechtliche Ansprüche zwischen den Parteien in Betracht.

## 17

Eine Haftung der Beklagten ergibt sich hier nach der Rspr. des BGH auch weder aus § 826 BGB, noch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB, noch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG oder mit § 6 Abs. 1, § 27 EG-FGV. Die zuletzt genannten Bestimmungen stellen schon keine Schutzgesetze dar (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rz. 73 ff.; ebenso bereits Senat, WM 2019, 1937).

## 18

a) Nach der Rspr. des BGH (Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, ebenfalls zum Motor der Beklagten OM 651) ist das Verhalten der für einen Kraftfahrzeughersteller handelnden Personen nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) ausgestattet und in den Verkehr gebracht haben. Dies gelte auch dann, wenn mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt werde. Der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit sei nur gegeben, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen.

## 19

(1) Dabei könne zugunsten der Klagepartei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren sei (vgl. zu Art. 5 der Verordnung 715/2007/EG auch EuGH, Urteil vom 15. 16-9-17. Dezember 2020 - C-693/18, Celex-Nr. 62018CJ0693). Denn der darin liegende Gesetzesverstoß sei auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfe es vielmehr weiterer Umstände (Rz. 16).

## 20

(2) Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems sei nämlich nicht mit der Fallkonstellation zu vergleichen, die dem BGH-Urteil vom 25. Mai 2020 (VI ZR 252/19, zum WV-Motor EA 189) zugrunde lag und in der der BGH das Verhalten des beklagten Automobilherstellers gegenüber dem klagenden Fahrzeugkäufer als sittenwidrig qualifiziert habe. Dort habe der Automobilhersteller von der Einhaltung der Grenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem Kraftfahrtbundesamt (KBA) stattdessen zwecks Erlangung der Typgenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorgespiegelt, dass die von ihm hergestellten Dieselfahrzeuge die neu festgelegten Grenzwerte einhalten. Die Software sei bewusst und gewollt so programmiert worden, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik), und zielten damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab. Die mit einer derartigen - evident unzulässigen - Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeuge habe der dortige Hersteller sodann unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzten, in

den Verkehr gebracht. Ein solches Verhalten stehe einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugenwerber in der Bewertung gleich (Rz. 17).

## 21

(3) Bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems fehle es dagegen an einem derartigen arglistigen Vorgehen des beklagten Automobilherstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn die in dem jeweiligen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach unterscheide, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet und keine Funktion aufweise, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviere und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziere, sondern in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise arbeite (Rz. 18).

## 22

(4) Bei dieser Sachlage sei der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber dem jeweiligen Hersteller nur gerechtfertigt, wenn zu dem - unterstellten - Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen.

## 23

(a) Die Annahme objektiver Sittenwidrigkeit setze deshalb weiter voraus, dass die handelnden 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. Fehlt es hieran, sei bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt. Dabei trage die Klagepartei als Anspruchsteller für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (Rz. 19).

## 24

(b) Für ein derartiges Vorstellungsbild des Herstellers müsse die Klagepartei aber zumindest konkrete Anhaltspunkte aufzeigen (Rz. 20 ff.).

## 25

(aa) Nicht ausreichend hierfür sei allerdings, dass ein Fahrzeug Gegenstand einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme des Herstellers sei, mit der nach Behauptung der Klagepartei lediglich bezweckt werde, eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Wegfall zu bringen und einen verpflichtenden Rückruf zu vermeiden. Denn hieraus ließen sich keine Rückschlüsse auf das Vorstellungsbild des Herstellers zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung - also spätestens dem Eintritt des behaupteten Schadens in Form des Vertragsschlusses - ziehen.

## 26

(bb) Erheblich könne aber die Behauptung einer Klagepartei sein, dass der Hersteller im Typgenehmigungsverfahren unzutreffende Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems gemacht habe. Hätte die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren z.B. verschleiert, dass die Abgasrückführungsrate in dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp durch die Außentemperatur mitbestimmt wird, könnten sich hieraus gegebenenfalls Anhaltspunkte für ein Bewusstsein der für die Beklagte handelnden Personen ergeben, eine - unterstellt - unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, ebenfalls zum Motor der Beklagten OM 651).

## 27

(c) Zur Abgrenzung von grundsätzlich unbeachtlichem Vortrag ins Blaue muss der Anspruchsteller somit mindestens greifbare Anhaltspunkte aufzeigen.

## 28

Die sonach gebotene Darlegung und der Nachweis einer angeblichen „unzulässigen Abschaltvorrichtung“ muss zumindest grundsätzlich auf den im streitgegenständlichen Fahrzeug konkret verbauten Motor gerichtet sein. Denn es geht nicht an, alle Fahrzeuge eines Herstellers quasi „über einen Kamm zu scheren“, indem man behauptet, die Beklagte habe wie andere Hersteller Fahrzeuge mit illegalen Abschaltvorrichtungen verkauft, das Kraftfahrtbundesamt (KBA) habe auch für Fahrzeuge der Beklagten einen Zwangsrückruf angeordnet und deshalb sei auch das streitgegenständliche Fahrzeug von den Manipulationen betroffen. Eine solche „Vermutung“ sieht der Senat nicht, schon weil damit sämtliche

Motoren einer Motorenfamilie/einer Baureihe ohne Berücksichtigung ihrer unterschiedlichen technischen Merkmale und ohne Berücksichtigung der möglicherweise äußerst unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen (z.B. Euro 6 statt Euro 5) dem Generalverdacht einer unzulässigen Abschaltvorrichtung unterworfen werden würden (vgl. ausführlich Senat, Beschluss vom 29.08.2019 Az. 8 U 1449/19, WM 2019, 1937, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 15.09.2020, Gz. VI ZR 389/19, ohne weitere Begründung zurückgewiesen).

### 29

Einen solchen „Generalverdacht“ hat auch der BGH in seinem Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, nicht angenommen. Der BGH hat dort die Auffassung vertreten, dass hinreichende Anhaltspunkte für einen Mangel auch dann vorliegen, wenn derselbe Motorentyp - auch dort Daimler OM 651 - in anderen Fahrzeugtypen der dortigen Beklagten, die von einer Rückrufaktion des KBA betroffen sind, verbaut ist. Das deckt sich mit der oben angeführten Auffassung des Senats, dass konkret motorbezogene Anhaltspunkte erforderlich sind. Außerdem betraf diese Entscheidung einen Kaufrechtsfall und sagt nichts darüber aus, welche zusätzlichen Anforderungen in diesem Zusammenhang an Vortrag und hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch den Hersteller zu richten sind.

### 30

(d) Auch die Grundsätze der sekundären Darlegungslast ändern daran nichts:

### 31

(aa) Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast reduzieren nicht etwa die allgemeinen Anforderungen an die Substantiierung der primären Darlegungen des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale (so wohl 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 m.w.N.), 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 zu vereinbarender Weise von dem Erfordernis jeglichen schlüssigen Sachvortrages entbinden (so auch OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019, Az.: 3 U 148/18, Rz. 6; vgl. zum Ganzen ausführlich Senat, Beschluss vom 29.08.2019, Az. 8 U 1449/19, WM 2019, 1937, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 15.09.2020, Gz. VI ZR 389/19, ohne weitere Begründung zurückgewiesen).

### 32

(bb) Aus denselben Gründen löst bloßer Vortrag ins Blaue auch noch keine sekundäre Darlegungslast der Gegenseite aus (vgl. zum Ganzen ausführlich Senat, Beschluss vom 29.08.2019, Az. 8 U 1449/19, WM 2019, 1937, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 15.09.2020, Gz. VI ZR 389/19, ohne weitere Begründung zurückgewiesen).

### 33

Der Anspruchsteller muss auch hierfür zunächst mindestens greifbare Anhaltspunkte aufzeigen, die sich allerdings auch aus den Umständen des Einzelfalls ergeben können (BGH, Urteil vom 26. Januar 2021 - VI ZR 405/19, Rz. 15 ff.). Der Anspruchsteller kann somit insbesondere nicht darauf hoffen, die erforderlichen Anhaltspunkte erst aufgrund der sekundären Darlegungslast des Gegners zu erhalten. Denn 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).

### 34

b) Ausgehend von diesen Anforderungen hat die Klagepartei eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch die Beklagte hier nicht hinreichend vorgetragen und unter Beweis gestellt bzw. keine hinreichenden Anhaltspunkte hierfür vorgebracht:

### 35

(1) Dafür, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug von der Beklagten eine sog. „Prüfstandserkennungssoftware“ verbaut worden wäre, die bewusst und gewollt von der Beklagten so programmiert worden wäre, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden (Umschaltlogik), und die damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abgezielt hätte, wie sie z.B. dem BGH-Urteil vom 25. Mai 2020 (VI ZR 252/19, zum WV-Motor EA 189) zugrunde lag, fehlen hier sowohl schlüssiger Vortrag als auch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte.

### **36**

(a) Dass sich die Klagepartei hier erstinstanzlich konkret auf eine in dem streitgegenständlichen Fahrzeug angeblich verbaute Prüfstandserkennungssoftware berufen hätte, kann den Feststellungen des Landgerichts nicht entnommen werden.

### **37**

Dort ist vielmehr nur von einem angeblich verbauten „Thermofenster“ die Rede sowie davon, dass die in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Software derart funktioniere, dass die Abgasreinigung über die Temperatur optimiert sei, weswegen das Fahrzeug auf dem Rollenprüfstand auf den dafür vorgesehenen Temperaturbereich von 10-18 °C reagiere. Außerhalb des Temperaturbereichs emittiere das Fahrzeug deutlich mehr Stickstoffdioxid als vom Gesetzgeber innerhalb der gesetzlichen Grenzwerte vorgegeben. Im regulären Straßenbetrieb würden die NOx-Grenzwerte nicht eingehalten. Unabhängig davon, dass dem angefochtenen Urteil nicht entnommen werden kann, dass die Klageseite für die Richtigkeit dieser sehr pauschalen Behauptung irgendwelche Anhaltspunkte oder Beweise geboten hätte, würde dies keine Prüfstandserkennungssoftware i.S.d. Rspr. des BGH darstellen. Denn auch dann würde die temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach unterscheiden, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet und keine Funktion aufweisen, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise arbeiten (vgl. BGH a.a.O. Rz. 18).

### **38**

Soweit das Landgericht festgestellt hat, dass das KBA die Kalibrierung der Motorsteuerung als unzulässig beanstandet und eine verpflichtende Rückrufaktion angeordnet habe, fehlt es dort an Feststellungen dazu, was konkret Gegenstand dieser Beanstandung gewesen sein soll, insbesondere, dass Gegenstand dieser Beanstandung eine Prüfstandserkennungssoftware gewesen wäre, ggf. auch in anderen Fahrzeugen der Beklagten mit demselben Motor. Es erfolgte nicht einmal eine Feststellung des streitgegenständlichen Motortyps (unstreitig OM651). Der fragliche Bescheid wurde hier im Verfahren ebensowenig vorgelegt wie die Typgenehmigung. Der Kläger hat erstinstanzlich lediglich ein Schreiben betreffend das streitgegenständliche Fahrzeug vorgelegt, mit dem zum Aufspielen eines Updates im Rahmen eines verpflichtenden Rückrufs auf Anordnung des KBA aufgefordert wird (Anlage DB 3). Auch hieraus geht in keiner Weise hervor, was konkret Gegenstand der Beanstandung des KBA gewesen ist. Gleiches gilt für die in der Berufungsbegründung abgedruckte „Homepage Information der Daimler AG (v. 22.05.2019)“ (BB. S. 15, Bl. 130). Weshalb die Berufung in übrigen selbst seitenlang von einer „freiwilligen“ Kundendienstmaßnahme spricht (S. 11, 14/15/16 Bl. 126, 129/130/131) bleibt unklar.

### **39**

Zur Klarstellung sei insoweit angemerkt, dass der Senat nicht davon ausgeht, dass ein Rückruf des KBA für den jeweiligen Motor wegen einer Prüfstandserkennungssoftware zwingend erforderlich wäre, um entsprechende Anhaltspunkte zu begründen. Ein Rückruf des KBA hinsichtlich eines bestimmten Motortyps wegen einer nach dessen Ansicht dort verbauten unzulässigen Prüfstandserkennungssoftware würde aber in der Regel auch einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür darstellen, dass eine entsprechende unzulässige Abschaltvorrichtung auch in anderen Fahrzeugen mit demselben Motortyp objektiv vorhanden ist. Fehlt es aber an einem solchen Rückruf wegen einer Prüfstandserkennungssoftware für den konkreten Motortyp, müssen die erforderlichen hinreichenden Anhaltspunkte ggf. in anderer Weise dargelegt werden. Das ist der Klagepartei aber hier auch in der Berufungsbegründung nicht gelungen:

### **40**

(b) Auch die Berufungsbegründung behauptet insoweit ebenso verspätet wie pauschal nur, dass die Beklagte entkräften müsse, dass die Thermosoftware nicht bewirke, dass in einem begrenzten

Temperaturfenster, innerhalb dessen üblicherweise die Prüfung des Typengenehmigungsverfahrens stattfindet, die Abgasreinigung gegenüber der Abgasreinigung, die in anderen „Temperaturfenstern“ erfolge, in erheblichem Ausmaß intensiviert werde und optimal funktioniere (S. 12, Bl. 127).

#### 41

Dabei würde es sich jedoch schon tatbestandlich nicht um eine Prüfstandserkennungssoftware handeln, die bewusst und gewollt so programmiert worden wäre, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden (Umschaltlogik laut BGH). Insbesondere ergibt sich auch aus dem verspäteten Vorbringen der Berufung nicht hinreichend konkret, dass die in dem Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet und eine Funktion aufweist, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, also nicht in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise arbeitet (vgl. BGH a.a.O. Rz. 18).

#### 42

Die Klagepartei verkennt dabei wohl, dass die Euro-5 und 6-Grenzwerte nach der früheren gesetzlichen Regelung ausschließlich auf den NEFZ (Neuer Europäischer Fahrzyklus)-Rollenprüfstandstest bezogen waren. Ob der jeweilige Fahrzeugtyp sie einhielt, wurde nach den EU-Vorschriften ausschließlich unter NEFZ-Prüfbedingungen getestet. Dies erlaubte es den Pkw-Herstellern, ihre Emissionsstrategien auf das enge Prüfkorsett des NEFZ zuzuschneiden und entsprechend zu optimieren. Emissionen, die unter wechselnden Bedingungen im Realbetrieb der Fahrzeuge entstehen, waren nicht Prüfungsgegenstand im Typengenehmigungsverfahren (vgl. z.B. Weidemann, NVwZ 2020, 9 [13 f.], beck-online).

#### 43

Eine Software, die den NEFZ-Prüfbedingungen entspricht, war daher nach damaliger Rechtslage wohl rechtmäßig. Selbst wenn man dies nachträglich anders sehen wollte, wäre eine diesbezügliche vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch die Beklagte zur Zeit des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Jahr 2016 nicht ersichtlich. Denn dass die relevanten Umstände bereits damals eventuell erkennbar waren und die Beklagte sie vielleicht hätten kennen können oder gar hätte kennen müssen, würde für die Feststellung von Vorsatz nicht ausreichen, sondern nur den Vorwurf der Fahrlässigkeit rechtfertigen (BGH, Urteil vom 6. November 2015 - V ZR 78/14, Rz. 25).

#### 44

(c) Auch das seitenweise Zitieren der Berufung aus einem Urteil des OLG Köln vom 06.09.2019 (Az. 19 U 51/19) ist vorliegend nicht zielführend. Soweit in diesem Urteil festgestellter Vortrag zu bestimmten Eigenschaften bezüglich der dort streitgegenständlichen Motorsoftware enthalten ist, wird bereits ein konkreter Zusammenhang zum hiesigen Verfahren nicht hergestellt.

#### 45

(aa) Die Berufung sieht hierin offenbar selbst keinen eigenen Sachvortrag, sondern verweist auf dieses Urteil nur, um „die Wichtigkeit unserer Beweisangebote, insbesondere das Beweisangebot zum Nachweis der unzulässigen Motorsteuerungssoftware“, zu unterstreichen: das Urteil des OLG Köln gebe „die Anforderungen an ein Beweisangebot und dessen Beachtlichkeit in akademisch einwandfreier Ausführlichkeit unter Auswertung der Rechtsprechung in Bezug auf einen Mercedes-Fall“ wieder (BB S. 19, Bl. 134).

#### 46

Somit stellt sich die Frage, ob damit der für eine Berufungsbegründung erforderliche konkrete und verfahrensbezogene Sachvortrag ersetzt werden könnte, letztlich nicht. Da schon pauschale Verweisungen auf Anlagen unzulässig sind (z.B. Musielak/Voit ZPO, 14. Aufl. 2017, § 130 Rnr. 10 m.w.N.) und ohne Auswertung der Anlage der Darlegungslast nicht genügen (BGH, Urte. v. 22.06.2017 - VII ZR 36/14 Rz. 33), ist dies zu verneinen, d.h. nach Auffassung des Senats kann nichts anderes gelten, wenn die Anlage - wie hier - beziehungslos in einen Schriftsatz eingedruckt wird.

#### 47

(bb) Die Beklagte hat das Vorhandensein einer Funktion, die den Prüfstand erkennt und den Stickoxidausstoß lediglich für die Zwecke des EG-Typengenehmigungsverfahrens gezielt reduziert, bestritten (Berufungserwiderung, S. 20, Bl. 158), d.h. ein etwaig in der Bezugnahme auf besagtes Urteil zu

sehender ausreichender Sachvortrag wäre jedenfalls verspätet, da Zulassungsgründe gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht ersichtlich sind und auch kein konkreter erstinstanzlicher Vortrag als übergegangen gerügt wurde.

#### **48**

(cc) Im übrigen weisen die dortigen Feststellungen bereits keinen hinreichend konkreten Bezug zum hiesigen Verfahren auf. Es ist weder ersichtlich, um welchen konkreten Motor, noch um welchen Fahrzeugtyp es sich handelte; die Berufung beschränkt sich insoweit auf die Angabe eines „Mercedes-Falles“. Auch wird in keiner Weise ersichtlich, um welche Tests der „E-Fachhochschule“ es gehen soll und welche Fahrzeuge diese betreffen; auch wurden die Testergebnisse hier nicht vorgelegt. Zudem geht es im dortigen Verfahren um die Motorsoftware einer „J... GmbH“. Um welche Firma es sich dabei genau handelt und dass diese auch für die Software bezüglich des hier streitgegenständlichen Fahrzeugs verantwortlich sein soll, ist nicht erkennbar. Daran vermag auch die sich an das Zitat anschließende pauschale Behauptung, es seien „mehrere Tests, die allesamt zu einem erhöhten Ausstoß gelangen“ vorgetragen und „Wie vorgetragen handelt es sich um Anhaltspunkte zum konkreten Motorentyp: Die Motoren sind vorliegend aus dem geschilderten Umständen sehr gut vergleichbar und technisch identisch“ (S. 21, Bl. 136) nichts ändern. Ein auch nur ansatzweise ausreichender Vortrag der Klagepartei ist hier nicht erkennbar.

#### **49**

(d) Da mithin keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Prüfstandserkennungssoftware ersichtlich sind, war und ist die Beklagte schon nicht zu diesbezüglicher sekundärer Darlegung verpflichtet.

#### **50**

(e) Soweit die Berufung in diesem Zusammenhang das „Nichtbeachten des Beweisantrags“ durch das Landgericht rügt (S. 21, Bl. 136), wird bereits nicht klar, um welchen Beweisantrag es sich genau handeln soll. Zu einer unzulässigen Prüfstandserkennungssoftware wurden im übrigen, wie dargelegt, keine hinreichenden Anhaltspunkte vorgetragen. Inwieweit hier, wie die Berufung auf S. 21 meint, mehrere Tests allesamt zu einem überhöhten Ausstoß gelangt seien, wird nicht näher erläutert. Tests zu dem im streitgegenständlichen Fahrzeugmodell konkret verbauten Motor sind im Verfahren weder vorgetragen noch vorgelegt worden. Soweit sich dies auf die Feststellungen des OLG Köln bezieht, führt dies, wie dargelegt, nicht weiter.

#### **51**

(f) Der Antrag auf Vorlage entsprechender Dokumente durch die Beklagte, aus denen sich alle technischen Werte und Messungen sowie die den Messungen zugrundeliegenden Umstände entnehmen lassen (S. 10, Bl. 125) ist ebenfalls nicht zielführend.

#### **52**

Dazu ist anzumerken, dass sich selbst aus einer - hier schon nicht ersichtlichen, s.o. - sekundären Darlegungslast noch keine „sekundäre Vorlagelast“ oder gar eine „sekundäre Beweislast“ der Beklagten ergeben würde:

#### **53**

Die Anordnung der Vorlage von Urkunden kann allenfalls auf § 142 ZPO gestützt werden. Dabei darf das Gericht jedoch einer Urkunde nichts entnehmen, was von den Parteien im Prozess noch nicht vorgetragen worden ist, denn auch § 142 ZPO ermöglicht keine Amtsaufklärung. Das Gericht darf mit seiner Anordnung deshalb keinesfalls die Grenzen des Parteivortrages überschreiten. Die Bedeutung einer konkret zu bezeichnenden Urkunde für die begehrte Entscheidung muss sich vielmehr aus dem schlüssigen Parteivortrag ergeben (BGH, Beschluss vom 14. Juni 2007 VII ZR 230/06, NJW-RR 2007, 1393 Rn. 10). § 142 Abs. 1 ZPO befreit die Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, somit nicht von ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast. Dem entsprechend darf das Gericht die Urkundenvorlegung nicht zum Zwecke bloßer Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrages anordnen (BGH, Urteil vom 27. Mai 2014 - XI ZR 264/13).

#### **54**

Die Beweislast bleibt im Übrigen in jedem Falle beim Anspruchsteller, vgl. BGH a.a.O. Rz. 19.

#### **55**

Dafür ist aber kein auch nur ansatzweise ausreichender Vortrag der Klagepartei ersichtlich. Bei dieser Sachlage kommt eine - bereits verspätet beantragte - Anordnung zur Vorlage von Unterlagen durch die Beklagte wegen Ausforschung nicht in Betracht. Dasselbe gilt auch für eine Anordnung gemäß § 273 ZPO und die angesprochene Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft statthaft.

#### **56**

(2) Auch aus der Verwendung eines Thermofensters in dem streitgegenständlichen Fahrzeugmotor ergibt sich hier keine Haftung der Beklagten. Denn es fehlt hier jedenfalls an weiteren Umständen i.S.d. Rspr. des BGH, die das Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen:

#### **57**

(a) Zwar dürfte im Berufungsverfahren unstrittig sein, dass die Beklagte in dem streitgegenständlichen Fahrzeug entsprechend der Behauptung der Klagepartei in der Berufungsbegründung (S. 11, Bl. 126) ein sog. „Thermofenster“ verbaut hat, das die Abgasrückführung temperaturabhängig zurückführt; denn die Berufungserwiderung ist dieser Behauptung nicht konkret entgegengetreten; sie meint wohl nur, dies stelle eine zulässige Abschaltvorrichtung dar (Berufungserwiderung S. 17, Bl. 192). Unklar ist aber bereits, welches „Thermofenster“ die Klageseite hier konkret behaupten will. Das Landgericht hat insoweit widersprüchliche Angaben des Klägers festgestellt (LGU S. 2: 10-18 °C (bzw. laut Replik 20-30°C)). In der Berufungsbegründung wird hierzu nicht mehr näher ausgeführt.

#### **58**

(b) Das kann jedoch dahinstehen. Denn es fehlt hier selbst dann jedenfalls an konkretem Vortrag zu weiteren Umständen im Sinne der Rspr. des BGH, die das Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Insbesondere hat die Klagepartei weder schlüssig dargelegt, dass die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren oder sonst unzutreffende Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems gemacht hätte, noch hat sie hierfür hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorgebracht:

#### **59**

(aa) Das Landgericht hat einen entsprechenden Vortrag der Klagepartei in erster Instanz nicht festgestellt. Danach hat die Klagepartei in erster Instanz nur gemeint, die EU-Konformitätsbescheinigung für das Fahrzeug sei falsch gewesen, weil das Fahrzeug in nicht EU-typengenehmigungskonformer Weise hergestellt worden sei und nicht dem genehmigten Typen entsprochen habe. Dass die Beklagte im Typengenehmigungsverfahren oder sonst unzutreffende Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems gemacht hätte, wurde danach dort nicht behauptet. Die Berufung hat zudem keinen konkreten erstinstanzlichen Vortrag als übergegangen gerügt.

#### **60**

(bb) Auch die Berufungsbegründung kommt diesbezüglich selbst verspätet nicht über allgemeine Pauschalbehauptungen hinaus, die Beklagte hätte die Verwendung des Thermofensters nicht offengelegt (S. 4, 9 und 18, Bl. 119, 124 und 133). Wie, wann und wodurch die Beklagte das KBA oder sonst konkret worüber getäuscht haben soll, wird dort weder konkret dargelegt noch werden hierfür tatsächliche Anhaltspunkte vorgebracht. Sie hält wohl den Einsatz jeder objektiv eventuell unzulässigen Abschaltvorrichtung für eine Täuschung; dies entspricht aber nicht der Rspr. des BGH und auch nicht der Rspr. des Senats, s.o. Insbesondere ist in keiner Weise ersichtlich, auf was die Berufung die Behauptung, die Beklagte hätte gegenüber dem KBA die Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung nicht offengelegt, stützt. Die Beklagte bestreitet dies in ihrer Berufungserwiderung; sie habe im Typengenehmigungsverfahren die in der Praxis des KBA erwarteten Angaben zu den Emissionskontrollsystemen gemacht; weitergehende Anforderungen hätten nicht bestanden; sämtliche Angaben der Beklagten im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens seien inhaltlich vollständig und zutreffend gewesen (S. 27 und 39, Bl. 165 und 177).

#### **61**

(cc) Soweit die Berufungsbegründung rügt, dass die Beklagte die unzulässige Abschaltvorrichtung nicht offengelegt habe und sich im Vorfeld des Typengenehmigungsverfahrens hätte erkundigen müssen, ob die von ihr verwandte Abschalttechnik zulässig sein könne (S. 5, 9 Bl. 120, 124) und damit meint, dass die Beklagte umfangreichere Angaben hätte machen müssen, ist auf folgendes hinzuweisen:

**62**

(aaa) Schon dass Angaben der Beklagten zu „weiteren Einzelheiten“ des Abgasrückführungssystems verwaltungsrechtlich erforderlich gewesen wären, ist bisher nicht ersichtlich:

**63**

Gem. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission vom 18. Juli 2008 (TypgenehmigungsVO, Umfang in Juris 139 Druckseiten) weist der Hersteller für die EG-Typgenehmigung eines Fahrzeugs hinsichtlich der Emissionen nach, dass die Fahrzeuge den Prüfanforderungen entsprechen, die in den Anhängen III bis VIII, X bis XII, XIV und XVI dieser Verordnung genannt sind, wobei die Fahrzeuge gem. Abs. 2 gemäß Anhang I Abbildung I.2.4 geprüft werden. Gemäß Art. 3 Abs. 9 VO gilt die Prüfung Typ 6 zur Messung der Emissionen bei niedrigen Temperaturen gemäß Anhang VIII aber nicht für Dieselfahrzeuge. Bei der Beantragung einer Typgenehmigung belegen die Hersteller der Genehmigungsbehörde jedoch, dass die NO<sub>x</sub>-Nachbehandlungseinrichtung nach einem Kaltstart bei -7 C innerhalb von 400 Sekunden eine für das ordnungsgemäße Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht, wie in der Prüfung Typ 6 beschrieben. Darüber hinaus macht der Hersteller der Genehmigungsbehörde Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems (AGR), einschließlich ihres Funktionierens bei niedrigen Temperaturen.

**64**

Angesichts dieser hochkomplexen und hochtechnischen Materie müsste für einen schlüssigen Vortrag zu angeblich falschen oder unvollständigen Angaben eines Herstellers im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens sehr konkret im Einzelnen ausgehend von der VO dargestellt werden, welche der äußerst zahlreichen und komplexen erforderlichen Angaben aus welchem Grund unzutreffend oder unvollständig gewesen sein sollen.

**65**

So ergibt sich z.B. aus dem Erfordernis von „Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems (AGR), einschließlich ihres Funktionierens bei niedrigen Temperaturen“ zwar bei wörtlicher Auslegung wohl noch hinreichend klar, dass das Vorhandensein eines sog. „Thermofenster“ der Genehmigungsbehörde als solches wohl grundsätzlich offenzulegen war, was die Beklagte auch unwiderlegt behauptet. Daraus ergibt sich jedoch nicht ohne Weiteres, dass hierzu auch ganz konkrete Temperaturbereiche des „Thermofensters“ anzugeben gewesen wären, wie z.B. der Kläger meint.

**66**

(bbb) Selbst wenn die Beklagte gleichwohl verwaltungsrechtlich „weiteren Einzelheiten“ des Abgasrückführungssystems hätte offenbaren müssen, ginge es zivilrechtlich nicht an, dies ohne weiteres mit konkreten Falschangaben gleichzusetzen:

**67**

Zivilrechtlich kommt eine „arglistige Täuschung durch Verschweigen“ nämlich nur in Betracht, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsachen eine Aufklärungspflicht besteht. Dabei besteht aber zivilrechtlich keine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sein können. Grundsätzlich ist es nämlich Sache jeder Partei, ihre Interessen selbst wahrzunehmen. Ungünstige Eigenschaften des Vertragsgegenstands brauchen daher grundsätzlich nicht ungefragt offen gelegt zu werden. Für Arglist muss der Handelnde außerdem die Unvollständigkeit seiner Angaben und seine Rechtspflicht zur Aufklärung kennen oder zumindest billigend in Kauf nehmen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 78. A. 2019, § 123 Rz. 4 und 11 m.w.N.).

**68**

Dafür ist hier auch sonst nichts ersichtlich. Es wäre ggf. Sache des KBA gewesen wäre, vermeintlich unvollständige Angaben im Typgenehmigungsverfahren zu monieren, was offensichtlich nicht geschehen ist. Denn das KBA hat zunächst zu prüfen, ob die Antragsunterlagen im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben vollständig sind. Fehlt es daran, hat es den Antragsteller aufzufordern, die Antragsunterlagen zu ergänzen. Kommt der Antragsteller dem nicht nach, lehnt die Behörde den Antrag ab (Führ, NVwZ 2017, 265 [269]).

**69**

Selbst wenn die Beklagte verwaltungsrechtlich zu weiteren Angaben im Typgenehmigungsverfahren verpflichtet gewesen wäre, spräche angesichts der Untätigkeit des KBA daher nichts dafür, dass die

Beklagte diese - unterstellte - Unvollständigkeit ihrer Angaben im Typgenehmigungsverfahren und ihre - unterstellte - Rechtspflicht zur weiteren Aufklärung gekannt hätte oder zumindest billigend in Kauf genommen hätte, m.a.W. dass sie im Typgenehmigungsverfahren irgendetwas vorsätzlich „verschleiert“ hätte i.S.d. Rspr. des BGH (a.a.O. Rz. 24). Anders als bei einer Prüfstandserkennungssoftware mit Umschaltlogik, wie sie im VW Moter EA189 enthalten war (s.o.), könnte aus dem - unterstellten - Fehlen derartiger ergänzender Angaben nach Auffassung des Senats angesichts dieser Gesamtumstände nicht darauf geschlossen werden, dass die Beklagte damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abgezielt oder dies auch nur billigend in Kauf genommen hätte (ähnlich OLG Stuttgart, Urteil vom 11.12.2020 - 3 U 101/18: Es liege jedenfalls keine arglistige Täuschung vor, wenn dem KBA die Temperaturabhängigkeit der AGR-Rate zumindest ansatzweise mitgeteilt worden sei).

#### **70**

(dd) Wie bereits ausgeführt fehlt es, soweit das Landgericht festgestellt hat, dass das streitgegenständliche Fahrzeug von einer Anordnung des KBA erfasst sei, an Vortrag dazu, was konkret Gegenstand dieser Beanstandung gewesen sein soll. Erst recht ergibt sich daraus nicht, dass und welche unzutreffenden Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems die Beklagte bei der Typengenehmigung oder sonst gemacht haben soll.

#### **71**

(ee) Da mithin keine hinreichenden Anhaltspunkte für konkret falsche oder arglistig unvollständige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren ersichtlich sind, war und ist die Beklagte schon nicht zu diesbezüglicher sekundärer Darlegung verpflichtet.

#### **72**

(ff) Schließlich wäre die Klagepartei hier auch beweisfällig.

#### **73**

Selbst bei Annahme einer sekundären Darlegungslast der Beklagten ergäbe sich daraus noch keine „sekundäre Beweislast“ für sie. Die Beklagte hat - wie dargelegt - in ihrer Berufungserwiderung ausdrücklich bestritten, im Typgenehmigungsverfahren falsche Angaben oder unvollständige Angaben gemacht zu haben. Beweis für die Richtigkeit ihrer (welcher?) gegenteiligen Behauptungen hat die Klagepartei aber im Berufungsverfahren nicht angeboten, d.h. auch keine entsprechenden Urkunden vorgelegt. Sie hat auf S. 2, 10 und 22 der Berufungsbegründung nur ebenso pauschal wie unzulässig allgemein auf ihre Beweisangebote in erster Instanz verwiesen.

#### **74**

(3) Die angeblichen Folgen des - hier noch nicht vorgenommenen (vgl. LG-Urteil S. 2) - Software-Updates verfolgt die Berufung nicht weiter. Auch insoweit fehlt es aber jedenfalls an hinreichenden Anhaltspunkten und könnte der hier geltend gemachte Erwerbsschaden nicht hierauf beruhen.

III.

#### **75**

1. Der Streitwert ergibt sich aus dem bezifferten Hauptsache-Zahlungsantrag bezüglich des Kaufpreises. Hinzu kommen 10 % des Kaufpreises für den Feststellungsantrag.

#### **76**

2. Bei dieser Sachlage wird schon aus Kostengründen empfohlen, die Berufung zurückzunehmen. Im Fall der Berufungsrücknahme ermäßigen sich die Gerichtsgebühren vorliegend von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

#### **77**

3. Zu diesen Hinweisen kann der Berufungsführer binnen der oben gesetzten Frist Stellung nehmen. Der Senat soll nach der gesetzlichen Regelung die Berufung unverzüglich durch Beschluss zurückweisen, wenn sich Änderungen nicht ergeben. Mit einer einmaligen Verlängerung dieser Frist um maximal 3 Wochen ist daher nur bei Glaubhaftmachung konkreter, triftiger Gründe zu rechnen (vgl. OLG Rostock, OLGR 2004, 127 ff.).