

**Titel:**

**Berufung, Sittenwidrigkeit, Verwaltungsakt, Fahrzeug, Zulassungsverfahren, Streitwert, Schadensersatzanspruch, Zulassung, Haftung, Genehmigung, Feststellung, Software, Frist, Berufungsverfahren, Die Fortbildung des Rechts, Fortbildung des Rechts, Aussicht auf Erfolg**

**Schlagworte:**

Berufung, Sittenwidrigkeit, Verwaltungsakt, Fahrzeug, Zulassungsverfahren, Streitwert, Schadensersatzanspruch, Zulassung, Haftung, Genehmigung, Feststellung, Software, Frist, Berufungsverfahren, Die Fortbildung des Rechts, Fortbildung des Rechts, Aussicht auf Erfolg

**Vorinstanz:**

LG Augsburg, Urteil vom 17.03.2021 – 12 O 1149/20

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 54766

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 17.03.2021, Az. 012 O 1149/20, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 05.08.2020.

3. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert im Berufungsverfahren auf 20.900,01 € festzusetzen. Binnen vorgenannter Frist können die Parteien auch zum Streitwert des Berufungsverfahrens Stellung nehmen.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

2

Die Tatsache, dass die Berufungsbegründung - ohne Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug bzw. zur Beklagten - teilweise aus Textbausteinen, aus wörtlichen Urteilszitaten zu anderen Verfahren gegen die V. AG oder andere Automobilhersteller bzw. - auch optisch entsprechend dargestellt - aus der Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens besteht, macht die Berufung nicht unzulässig (vgl. BGH, r+s 2020, 657 Rn. 7; BGH, Beschluss vom 25.09.2018 - XI ZB 7/17, BeckRS 2018, 26273 Rn. 11 m. w. N.; OLG Stuttgart, Urteil vom 16.06.2020 - 16a U 228/19, BeckRS 2020, 15982 Rn. 52), da die Klägerin im Übrigen die tragenden Gründe des landgerichtlichen Urteils ausreichend angreift.

3

2. Die Berufung ist aber offensichtlich unbegründet. Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Entscheidungserhebliche Rechtsfehler im Sinne des § 520 Abs. 3 ZPO sind nicht ersichtlich und werden von der Berufung auch nicht aufgezeigt.

4

Der erkennende Senat hat das gesamte Vorbringen der Klägerin im Berufungsverfahren zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen, vermocht ihm aber in der Sache nicht zu folgen. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet den Senat dazu, den Vortrag einer Prozesspartei zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu

ziehen. Er begründet aber keine Pflicht des Gerichts, bei der Würdigung des Sachverhalts und der Rechtslage der Auffassung eines Beteiligten zu folgen. Ebenso wenig folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG die Pflicht der Gerichte zur ausdrücklicher Befassung mit jedem Vorbringen (BVerfG, Beschluss vom 13.08.2013 - 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, BeckRS 2013, 55213 Rn. 67; BGH, Beschluss vom 20.01.2021 - III ZR 160/19, BeckRS 2021, 1265 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 12.01.2017 - III ZR 140/15, BeckRS 2017, 100836 Rn. 2). Jedenfalls die wesentlichen, der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienenden Tatsachenbehauptungen müssen in den Gründen erörtert werden (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 11).

## 5

Unter Beachtung dieser Grundsätze erweist sich die Entscheidung des Landgerichts als zutreffend. Die hiergegen von der Berufung erhobenen Einwendungen greifen nicht durch:

## 6

a) Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch aus § 311 Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB oder § 443 BGB zu. Eine Haftung ergibt sich - entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. Klage, S. 18 ff.) - insbesondere nicht aus der von der O. AG für das streitgegenständliche Fahrzeug ausgestellten EG-Übereinstimmungsbescheinigung (vgl. Berufungsbegründung, S. 7 f., 24).

## 7

aa) Gemäß § 311 Abs. 3 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB kann ausnahmsweise eine persönliche Haftung eines Dritten wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten in Betracht kommen, wenn der Dritte zwar nicht selbst Vertragspartner ist, aber in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat und dadurch die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss erheblich beeinflusst hat. Um ein solches Vertrauen in besonderem Maße für sich in Anspruch zu nehmen, muss der Dritte unmittelbar oder mittelbar durch eine für ihn handelnde Person an den Vertragsverhandlungen teilgenommen haben (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Auflage 2021, § 311 Rn. 63). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin das Fahrzeug nicht bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin, sondern bei der Autohaus B. GmbH, ... (Anlage K 1) erworben. Dass bei Abschluss des Kaufvertrages ein(e) Vertreter(-in) der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin als Vermittler(-in) oder Sachwalter(-in) zugegen gewesen wäre, hat der Klägerin nicht behauptet.

## 8

bb) Die EG-Übereinstimmungsbescheinigung, die nicht an den Käufer adressiert ist, sondern gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 EG-FGV lediglich dem Fahrzeug beizufügen ist, bestätigt nur, dass das individuelle Fahrzeug dem in der EG-Typengenehmigung beschriebenen Fahrzeugtyp entspricht (vgl. Art. 3 Nr. 36 der RL 2007/46/EG; Anhang IX der RL 2007/46/EG). Damit liegt jedoch keine Garantieerklärung im Sinne des § 443 BGB vor. Diese setzt als Willenserklärung ein rechtsverbindliches Angebot des Garantiegebers voraus (Palandt/Weidenkaff, BGB, § 443 Rn. 5). Ob ein solcher Rechtsbindungswille vorliegt, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Dabei ist im Hinblick auf eine EG-Übereinstimmungsbescheinigung kein garantierartiger Einstandswille der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin für etwaige Sach- und Rechtsmängel gegenüber den zukünftigen Eigentümern oder Haltern des Fahrzeugs zu erkennen. Dies ergibt sich aus dem Zweck der EG-Übereinstimmungsbescheinigung, die lediglich dem Nachweis der Übereinstimmung nach §§ 6 Abs. 3 S. 1, 2 Nr. 7 FZV bei der erstmaligen Zulassung des Fahrzeugs für den öffentlichen Straßenverkehr dient. Die Erforderlichkeit der Übereinstimmungsbescheinigung nach § 6 EG-FGV geht zudem auf Artikel 18 der RL 2007/46/EG zurück, die ihrerseits nicht dem Schutz der hier in Frage stehenden individuellen Vermögensinteressen der Klägerin, sondern ausweislich der Richtlinie zu Grunde liegenden Erwägungen der Harmonisierung des Binnenmarktes, der Verkehrssicherheit, dem Schutz der Umwelt und der Gesundheit und der rationellen Energienutzung sowie dem wirksamen Schutz gegen unbefugte Benutzung von Fahrzeugen dient (LG Karlsruhe, Urteil vom 18.04.2019 - 11 O 120/18, BeckRS 2019, 23013 Rn. 33 f. m. w. N.).

## 9

b) aa) Der Senat teilt in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung die Auffassung, dass für eine deliktische Haftung der Beklagten die Klagepartei grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für alle Anspruchsvoraussetzungen trägt (BGH, NJW 2019, 3638, 3641; OLG München, NJW-RR 2019, 1497, 1498; Senat, Hinweisbeschluss vom 13.11.2020 - 27 U 4262/20). Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person hat der Anspruchsteller dementsprechend auch darzulegen und zu beweisen,

dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 26.01.2021 - VI ZR 405/19, BeckRS 2021, 1283 Rn. 15; BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 35; BGH, Urteil vom 04.05.2021 - VI ZR 81/20, BeckRS 2021, 12218 Rn. 14).

## 10

bb) Selbst wenn man unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze zugunsten der Klagepartei hinsichtlich des Schadenseintritts das erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO für ausreichend erachten würde und berücksichtigt, dass ein Schaden im Sinne des § 826 BGB auch in einer auf einem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung liegen kann (vgl. BGH, Urteil vom 04.05.2021 - VI ZR 81/20, BeckRS 2021, 12218 Rn. 23 m. w. N.), steht vorliegend der Klägerin gegen die Beklagte weder ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB i.V. m. § 31 BGB (analog) bzw. § 831 BGB noch aus anderen deliktsrechtlichen Vorschriften zu. Das Landgericht hat das Verhalten der Beklagten auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen mit Recht nicht als verwerflich im Sinne des § 826 BGB angesehen. Es fehlt vorliegend bezüglich eines Anspruchs aus § 826 BGB jedenfalls an der schlüssigen Darlegung eines sittenwidrigen Verhaltens wie auch eines Schädigungsvorsatzes der Beklagten.

## 11

(1) Ob insbesondere die Funktionsweise des sogenannten „Thermofensters“ mit den Vorgaben des einschlägigen Unionsrechts in Einklang steht, wurde von Rechtsprechung und Literatur bislang nicht einheitlich bewertet. Umstritten war dabei nicht nur, ob es sich bei diesem Mechanismus um eine Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der einschlägigen Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handelt. Unklar war darüber hinaus auch, ob der Mechanismus dem Regelverbot des Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung unterfällt oder nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung ausnahmsweise als zulässig anzusehen ist, weil er notwendig ist, um den Motor vor Beschädigungen zu schützen (vgl. zum Meinungsstand OLG München, Beschluss vom 29.09.2020 - 8 U 201/20, BeckRS 2020, 24517 Rn. 27 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 01.04.2020 - 12 U 75/19, BeckRS 2020, 9840 Rn. 32 m. w. N.). Nunmehr hat der Gerichtshof der Europäischen Union geurteilt, dass ein Pkw-Hersteller keine Abschaltvorrichtung einbauen darf, die bei Zulassungsverfahren systematisch die Leistung des Systems zur Kontrolle der Emissionen von Fahrzeugen verbessert, um ihre Zulassung zu erreichen. Auch die Tatsache, dass eine solche Abschaltvorrichtung dazu beiträgt, den Verschleiß oder die Verschmutzung des Motors zu verhindern, könne ihr Vorhandensein nicht rechtfertigen (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18, BeckRS 2020, 35477).

## 12

(2) Unter Beachtung der vorstehenden Erwägungen kann es letztlich aber dahinstehen, ob der Vortrag der Klägerin, in ihrem Fahrzeug befänden sich mehrere, im Sinne der Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässige Abschaltvorrichtungen, namentlich ein sog. „gezirkeltes Thermofenster“ (vgl. Berufungsbegründung, S. 25), unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 28.01.2020 (vgl. BGH, NJW 2020, 1740) und der Feststellung des Landgerichts, das streitgegenständliche Fahrzeug sei aufgrund einer unzulässigen Abschaltvorrichtung von einem (angegriffenen und nicht bestandskräftigen) Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamts vom 17.10.2018 betroffen, als ausreichend substantiiert anzusehen ist. Insbesondere reicht der Umstand, dass die Abgasrückführung im Fahrzeug der Klägerin nach ihrem mangels abweichender Feststellungen des Landgerichts zugrunde zu legenden Sachvortrag durch eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems beeinflusst bzw. letztlich ganz abgeschaltet wird, für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben (vgl. BGH, NJW 2021, 921 Rn. 16). Denn ein - hier unterstellter - Verstoß gegen die Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 allein wäre nicht ausreichend, um von einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten mit Schädigungsvorsatz auszugehen (vgl. BGH, NJW 2021, 921 Rn. 19; OLG Hamm, Urteil vom 23.12.2020 - 30 U 35/20, BeckRS 2020, 44911 Rn. 80).

## 13

(a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt nicht schon der Verstoß gegen vertragliche oder gesetzliche Pflichten; vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, NJW 2014, 1380 Rn. 8 m. w. N.). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse,

Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen (vgl. BGH, BeckRS 2016, 17389 Rn. 17 m. w. N.). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, BeckRS 2021, 4148 Rn. 12; BGH, NJW 2021, 921 Rn. 14). Bezüglich einer eventuellen sittenwidrigen Täuschungshandlung der Beklagten ist hierbei nicht allein auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Pkws mit dem Motor B16DTJ / B16DTH abzustellen. Vielmehr ist für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als (nicht) sittenwidrig in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter zu ermitteln, wobei der Betrachtung das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen ist. Dies wird insbesondere dann bedeutsam, wenn die erste potenziell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfallen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat (vgl. BGH, NJW 2020, 2798, 2802).

#### 14

Nach diesen Leitlinien handelt ein Automobilhersteller gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt (BGH, NJW 2021, 1669 Rn. 19). Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugkäufer in der Bewertung gleich (vgl. BGH, a. a. O.). Folglich müssten Personen auf Seiten der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin bei der Entwicklung und/oder Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein gehandelt haben, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf zu nehmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, NJW 2021, 921 Rn. 19).

#### 15

(b) Vorliegend vermag der Senat auch auf Basis des klägerischen Vortrags, insbesondere unter Berücksichtigung des Rückrufschreibens der O. A1. GmbH vom 17.01.2020 (Anlage K 4) und der von der Klägerin behaupteten „Sachmängel“ des Fahrzeugs (vgl. Berufungsbegründung, S. 10), des Freigabebescheids des Kraftfahrt-Bundesamts vom 16.02.2018 (Anlage B 5), der öffentlichen Verlautbarungen der Beklagten (vgl. Anlage B 7 und Berufungserwiderung, S. 16) sowie der Feststellung des Landgerichts, dass das streitgegenständliche Fahrzeug im Hinblick auf die Anhängigkeit des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens von einem nicht bestandskräftigen (vgl. Klageerwiderung, S. 16, Rz. 34) Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamts vom 17.10.2018 betroffen ist, nicht darauf zu schließen, dass die Beklagte bei der Entscheidung zum Einbau des konkreten Motors in das Fahrzeug der Klägerin in objektiv sittenwidriger Weise tätig wurde.

#### 16

Die Applikation einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht mit der Verwendung der Prüfstandserkennungssoftware zu vergleichen. Anders als eine Software zur Prüfstanderkennung/Prüfzykluserkennung zielt das von der Klägerin behauptete „Thermofenster“ nach deren Vortrag darauf, dass die Abgasrückführung temperaturabhängig stärker oder weniger stark aktiviert beziehungsweise abgeschaltet wird (vgl. u. a. Klage, S. 7, Berufungsbegründung, S. 18). Bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems fehlt es an einem arglistigen Vorgehen der Beklagten, das die Qualifikation ihres Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, BeckRS 2021, 847 Rn. 18). Wenn das für das Fahrzeug der Klägerin konkret in Rede stehende Thermofenster nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb unterscheidet, sondern sich nach der Umgebungstemperatur richtet, ist es nicht offensichtlich auf eine „Überlistung“ der Prüfungssituation ausgelegt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 - I - 5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 30; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 07.11.2019 - 6 U 119/18, BeckRS 2019, 30856 Rn. 31). Bei einer die Abgasreinigung beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand und bei der

Gesichtspunkte des Motor- bzw. des Bauteilschutzes bis zur Entscheidung des EuGH (s. o.) - anders als die Klägerin unter Hinweis auf verschiedene Rechtsgutachten (vgl. Anlagen K5 und K6) meint - als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden konnten, kann bei Fehlen jedweder, konkreter Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen bei der Beklagten in dem Bewusstsein gehandelt haben, möglicherweise eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Insbesondere die durch den EuGH vorgenommene Klärung mag für die Zukunft die objektiven tatbestandlichen Voraussetzungen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung von den bislang bestehenden Zweifeln befreit haben. Diese Klärung ist indes nicht geeignet, eine bereits für den Zeitpunkt der Genehmigungszulassung des hier betroffenen Fahrzeugs bestehende subjektive Kenntnis der bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin verantwortlichen Tätigen rückwirkend zu begründen (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 08.02.2021 - 12 U 471/20, BeckRS 2021, 1241 Rn. 37). Vielmehr muss in dieser Situation - anders als die Klägerin meint (vgl. Berufungsbegründung, S. 22) - auch eine falsche, aber vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe der Beklagten in Betracht gezogen werden (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 - I - 5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 32; OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 - 3 U 148/18, BeckRS 2019, 15640 Rn. 5).

## 17

Aber selbst ein - unterstellter - Gesetzesverstoß der Beklagten würde nicht ausreichen, um das Gesamtverhalten der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, BeckRS 2021, 4148 Rn. 26). Eine Sittenwidrigkeit kommt - was hier nicht der Fall ist - nur in Betracht, wenn über die bloße Kenntnis von der Verwendung der Software mit der in Rede stehenden Funktionsweise in dem streitgegenständlichen Motor auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass dieses von Seiten der Beklagten in dem Bewusstsein geschah, möglicherweise gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, BeckRS 2021, 4148 Rn. 28; BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, BeckRS 2021, 847 Rn. 19; OLG Stuttgart, NZV 2019, 579, 584 f.). Nicht zu folgen ist in diesem Zusammenhang der Auffassung, das sittenwidrige Verhalten eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Beklagten könne mittels einer Zurechnung fremden Wissens entsprechend § 166 BGB begründet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit §§ 30, 31 BGB voraus, dass einer ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB persönlich verwirklicht hat. Über eine Wissenszusammenrechnung führt kein Weg zu dem für das Merkmal der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB erforderliche moralische Unwerturteil. Insbesondere lässt sich die die Verwerflichkeit begründende bewusste Täuschung nicht dadurch konstruieren, dass die im Hause der juristischen Person vorhandenen kognitiven Elemente „mosaikartig“ zusammengesetzt werden, weil eine solche Konstruktion dem personalen Charakter der Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB nicht gerecht würde (BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 23)

## 18

In diesem Zusammenhang ist auch die Tatbestandswirkung der Typzulassung (Verwaltungsakt) zu beachten. Erteilt die Zulassungsbehörde die Typenzulassung, haben die Zivilgerichte - ohne dass es eines Gutachtens bedarf (vgl. Berufungsbegründung, S. 14) - bis auf Weiteres von der Rechtmäßigkeit der Motorkonfiguration auszugehen (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.07.2020 - 5 U 4765/19, BeckRS 2020, 17693 Rn. 16 ff.; OLG Oldenburg, Beschluss vom 01.12.2020 - 11 U 58/20, BeckRS 2020, 44907 Rn. 66 ff.). Denn solange ein solcher Verwaltungsakt nicht durch die zuständige Behörde oder durch ein Verwaltungsgericht aufgehoben worden oder nichtig ist, ist - auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes (vgl. Berufungsbegründung, S. 30) - die Zulässigkeit der betreffenden Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG einer Nachprüfung durch die Zivilgerichte entzogen (vgl. BGH, NJW-RR 2016, 557 Rn. 31 m. w. N.). Gründe, warum dies vorliegend nicht gelten sollte, sind nicht ersichtlich. Insoweit käme eine sittenwidrige Schädigung nur dann in Betracht, wenn und soweit die Beklagte die Mitarbeiter des Kraftfahrt-Bundesamts bei der Erteilung der Typengenehmigung arglistig getäuscht hätte. Hierfür hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Klägerin allerdings keinerlei Sachvortrag unterbreitet, woraus sich konkret eine solche Täuschung gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt geben sollte. Vorliegend ist gerade nicht festzustellen, dass eine objektiv rechtswidrige Genehmigung durch die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin erschlichen worden ist. Anders als die Klägerin behauptet ist es zwischen den Parteien nicht unstrittig, dass die Beklagte bewusst unvollständige Angaben gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt bezüglich sämtlicher klägerseits benannter

Abschalteinrichtungen gemacht hat (vgl. Berufungsbegründung, S. 28, und Berufungserwiderung, S. 14). Namentlich die Ausführungen der Klägerin, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe dem Kraftfahrt-Bundesamt vor Beantragung der Typgenehmigung und auch nicht im Rahmen der Genehmigung des Updates die Ausrampstrategie, das Thermofenster und dessen konkrete Bedatung, die geschwindigkeits- und drehmomentabhängige Abschalteinrichtung, die Prüfzykluserkennung, die zeitabhängige Abschalteinrichtung und auch nicht die OBD-Manipulation offengelegt (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 23.02.2021, S. 3), tragen nicht und sind offensichtlich eine ins Blaue hinein erfolgte Spekulation.

## 19

Im Übrigen bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte mit dem Software-Update für das Fahrzeug der Klägerin eine von vornherein rechtswidrige Beseitigungsmaßnahme entwickelt und sich genehmigen hat lassen. Anhaltspunkte dafür, dass dem Kraftfahrt-Bundesamt gegenüber bezüglich des von der Beklagten entwickelten, in der Anlage K 4 angesprochenen Software-Updates unzutreffende Angaben gemacht worden sind, sind weder ersichtlich noch in der Berufungsbegründung ausreichend dargetan. Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit eine etwaige erneute Schädigung durch das Software-Update aufgrund der von der Klägerin behaupteten Änderungen im Kraftstoffverbrauch, der Leistungsfähigkeit und der Geräuschentwicklung (vgl. Berufungsbegründung, S. 14) kausal wäre für den vorliegend geltend gemachten Schaden in Form des ungewollten Kaufvertragsschlusses, der zur Rückgängigmachung der Vertragsfolgen führen soll. So läge die Schädigungshandlung zeitlich nach dem Kaufvertragsschluss (so auch OLG Koblenz, Urteil vom 26.01.2021 - 3 U 1283/20, BeckRS 2021, 1744 Rn. 24).

## 20

(3) (a) Zudem fehlt es jedenfalls an dem für eine deliktische Haftung notwendigen Schädigungsvorsatz der Beklagten, der bei einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten hätte vorliegen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 32) bzw. dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 01.04.2020 - 12 U 75/19, BeckRS 2020, 9840). Vorsatz enthält ein „Wissens“ und ein „Wollenselement“. Der Handelnde muss die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss - im Fall des § 826 BGB die Schädigung des Anspruchstellers -, gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben (vgl. BGH, VersR 2002, 613, 615; Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Auflage 2021, § 276 Rn. 10). Die Annahme der - vorliegend auch in Betracht kommenden - Form des bedingten Vorsatzes setzt voraus, dass der Handelnde die relevanten Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1207, 1210). Der Vorsatz muss sich auch auf den Schaden erstrecken, eine nur allgemeine Vorstellung über eine etwa mögliche Schädigung genügt nicht (BGH, NJW 2001, 2880, 2882). Jedenfalls hinsichtlich des Wollenselements des Vorsatzes ist es erforderlich, dass Personen, für deren Verhalten die Beklagte nach § 31 BGB einzustehen hat, Kenntnis vom Einsatz der Manipulationssoftware und ihrer Unzulässigkeit besaßen (BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 32 m. w. N.). Da der Schaden des Käufers in dem Abschluss des ungewollten Kaufvertrags liegt, reicht es für die Annahme des hierauf bezogenen Vorsatzes aus, wenn den genannten Personen bewusst war, dass in Kenntnis des Risikos einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der betroffenen Fahrzeuge niemand - ohne einen erheblichen, dies berücksichtigenden Abschlag vom Kaufpreis - ein damit belastetes Fahrzeug erwerben würde (BGH, Urteil vom 11.05.2021 - VI ZR 80/20, BeckRS 2021, 15393 Rn. 25). Dagegen reicht es nicht aus, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen. In einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, NJW-RR 2012, 404 Rn. 10).

## 21

(b) Ein solcher Vortrag ist dem schriftsätzlichen Ausführungen der Klägerin nicht entnehmen. Ein Schädigungsvorsatz der Beklagten bzw. ihrer verfassungsmäßigen Vertreter (§ 31 BGB) oder Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) lässt sich - insbesondere auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin im Schriftsatz vom 29.09.2020, S. 46 ff, sowie der Berufungsbegründung, S. 30 ff., 34 ff. - nicht daraus ableiten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einem sogenannten „Thermofenster“-Mechanismus ausgestattet ist.

## 22

Anders als bei einer Software, die die Situation auf dem Prüfstand erkennt, deswegen in einen anderen Modus schaltet und deren Unzulässigkeit deshalb ebenso wie die Gefahr eines Widerrufs der erschlienenen Betriebszulassung auf der Hand liegt, ist dies beim sog. „Thermofenster“ gerade nicht der Fall. Es sind

vorliegend keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Einbau der Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in den streitgegenständlichen Motor in Kenntnis des Risikos einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der betroffenen Fahrzeuge bzw. in dem Bewusstsein geschehen ist, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde. Denn der Einschätzung im Hinblick auf das Thermofenster konnte - anders als der Klägerin meint - auch eine möglicherweise falsche, aber bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17.12.2020 dennoch vertretbare Gesetzesauslegung zugrunde liegen, dass es sich um eine zulässige Abschaltvorrichtung handele. Unerheblich ist hierbei, ob es andere technische Möglichkeiten gab, mit denen auch bei geringerer Reduzierung der Abgasrückstände das Risiko von Motorschäden vermieden und zugleich die weiteren Schadstoffgrenzen eingehalten werden konnten (vgl. Berufungsbegründung, S. 25). Unabhängig davon, ob solche Möglichkeiten der Beklagten auch bekannt gewesen waren, kann es keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 - I-5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 42).

### 23

Im Übrigen reicht es in Anbetracht der vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätze für den Nachweis eines vorsätzlichen Handelns der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin insbesondere nicht aus, dass - wie die Klägerin allgemein vorträgt - die Beklagte mit Schädigungsvorsatz gehandelt habe, weil der Beklagten bekannt war, welche Temperaturen auf dem Prüfstand herrschen und sodann von der Beklagten eine Lösung gesucht worden sei, wie die Abgasrückführung im Straßenbetrieb gedrosselt bzw. eingestellt werden kann, ohne dass dieser Umstand in der Prüfstandsanordnung zutage tritt (vgl. Schriftsatz vom 29.09.2020, S. 46). Gleiches gilt, soweit die Klägerin mit Nichtwissen bestritten hat, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten dem Kraftfahrt-Bundesamt sämtliche Angaben zu den im Fahrzeug implementierten Angaben im Rahmen der Antragstellung für die Typengenehmigung offenbart hat (vgl. Berufungsbegründung, S. 30) bzw. behauptet, dass alle Hersteller das Thermofenster vor Erteilung der Genehmigung nicht gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt offengelegt haben (vgl. Schriftsatz vom 29.09.2020, S. 51).

### 24

(c) Etwas anderes ergibt sich hinsichtlich Sittenwidrigkeit und Vorsatz der Beklagten nicht daraus, dass die Klägerin auf weitere, aus ihrer Sicht unzulässige Abschaltvorrichtungen bzw. softwaretechnische Manipulationen (vgl. z. B. Schriftsatz vom 29.09.2020, S. 6 ff., Berufungsbegründung, S. 25 ff., 37 ff.) abstellt.

### 25

Der Klägerin hat bezüglich der vorgenannten Abschaltvorrichtungen - gemessen an den oben genannten Maßstäben - eine im Fall ihrer Erweislichkeit die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB erfüllende Indizienkette nicht vorgetragen. Zwar durfte sie sich auch auf nur vermutete Tatsachen stützen, denn sie kann mangels Sachkunde und Einblick in die Produktionsabläufe der Beklagten keine sichere Kenntnis von Einzelumständen haben, weswegen sie diese als Vermutungen in den Rechtsstreit einführen können muss (vgl. BGH, VersR 1995, 433 Rn. 15 ff.). Greifbare Anhaltspunkte, dass insoweit das Kraftfahrt-Bundesamt getäuscht wurde, bestehen nicht. Soweit die Klägerin auf eine von der R. B. GmbH entwickelte Software Bezug nimmt und unter Hinweis auf verschiedene Presseveröffentlichungen vorträgt, die Europäische Kommission ermittle seit 2018 gegen die Beklagte (vgl. Berufungsbegründung, S. 39 f.), findet dieser bestrittene Vortrag in den genannten Presseveröffentlichungen keine Stütze, da sich diese auf andere Hersteller, nicht aber auf die Beklagte beziehen. Es ist aus Sicht des Senats auch nicht maßgeblich, ob sich eine Abschaltvorrichtung durch Konzeption, Konstruktion oder Werkstoffwahl vermeiden lässt. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung liegt jedenfalls - wie oben ausgeführt - nicht vor, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.). Eine grundlegende strategische Entscheidung der Beklagten im eigenen Kosten- und Gewinninteresse, die unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde bzw. der Klägerin als Fahrzeugwerberin abzielt (vgl. BGH, NJW 2021, 1669 Rn. 19), ist nicht belegt. Aus den vorgenannten Gründen ist damit auch ein drohender Verlust der Zulassung und die Gefahr einer Stilllegung gemäß § 5 FVZ durch die örtliche Zulassungsbehörde nicht erwiesen.

### 26

(4) Entsprechend gehen auch die Hinweise der Klägerin auf die sekundäre Darlegungs- und Beweislast der Beklagten (vgl. beispielsweise Berufungsbegründung, S. 33) aufgrund eines klägerischen Informationsdefizits (vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2021 - VI ZR 154/20, BeckRS 2021, 15705 Rn 13 ff.; BGH, Urteil vom 11.05.2021 - VI ZR 80/20, BeckRS 2021, 15393 Rn. 16 ff.) ins Leere. Einer sekundären Darlegungslast fehlt es vorliegend an der erforderlichen Grundlage. Die sekundäre Darlegungslast führt weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozess Erfolg benötigten Informationen zu verschaffen (BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 27; Zöller/Greger, ZPO, 33. Auflage 2020, vor § 284 Rn. 34). Eine etwaige sekundäre Darlegungslast der Gegenseite setzt voraus, dass der Anspruchsteller zumindest hinreichende, greifbare Anhaltspunkte hierfür dargelegt hat (OLG München, NJW-RR 2019, 1497, 1500 Rn. 44), d. h. sie kommt erst zum Tragen, wenn die primär darlegungs- und beweisbelastete Partei Anknüpfungstatsachen schlüssig vorgetragen hat und sich daraus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit ihres Vortrags ergibt (BGH, NJW 2015, 947, 948; OLG Stuttgart, NZV 2019, 579, 586 Rn. 90).

## 27

Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. Berufungsbegründung, S. 22 ff.) obliegt es vorliegend nicht der Beklagten, u. a. darzulegen, mit welchen Angaben ihre Entscheidungsträger die Verwendung des sogenannten „Thermofensters“ bzw. der weiteren, klägerseits vorgetragene unzulässigen Abschaltvorrichtungen (vgl. u. a. Berufungsbegründung, S. 23) gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt begründet und auf welcher Grundlage sie dieses/diese in Anwendung der Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 für zulässig gehalten haben (OLG Bremen, NJOZ 2021, 489 Rn. 54 m. w. N.). Vielmehr ist grundsätzlich die Klägerin als Gläubigerin des geltend gemachten Anspruchs in vollem Umfang darlegungs- und beweisbelastet für die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten nach § 826 BGB (vgl. BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 35), was auch die tatsächlichen objektiven und subjektiven Umstände einschließt, aus denen sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit ergeben soll. Die Verwendung einer Abschaltvorrichtung ist auch für den Fall der Unzulässigkeit derselben nicht ohne weiteres als sittenwidrig anzusehen, sondern bedarf nach den oben dargelegten Kriterien auch des Vorliegens der zusätzlichen Voraussetzungen einer besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten. Daraus ergibt sich, dass auch nicht das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. ein Handeln der Beklagten in der Annahme des Vorliegens dieser Voraussetzungen lediglich ausnahmsweise eine ansonsten begründete Sittenwidrigkeit entfallen ließe (in diesem Fall wäre eine Darlegungs- und Beweislast der Beklagten hinsichtlich der Voraussetzungen dieser Ausnahme bzw. ihres Vertrauens auf deren Anwendung anzunehmen, vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1207 Rn. 23), sondern es bleibt vielmehr insoweit bei der vollen Darlegungs- und Beweislast der Klägerin (vgl. OLG Bremen, NJOZ 2021, 489 Rn. 54). Auf die vom Bundesgerichtshof (vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2021 - VI ZR 154/20, BeckRS 2021, 15705 Rn 13 ff.) angenommene sekundäre Darlegungslast des Herstellers hinsichtlich der Frage, welcher der Verantwortungsträger eines Unternehmens bei bestehenden Anhaltspunkten für die Annahme für eine durch ein Vorstandsmitglied oder einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter getroffene Entscheidung hinsichtlich einer gezielt zu Manipulationszwecken eingesetzten unzulässigen Abschaltvorrichtung diese Entscheidung tatsächlich getroffen hat und ob der Vorstand hiervon Kenntnis hatte, kommt es damit nicht an, da es bereits an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass überhaupt ein sittenwidriges Verhalten aufseiten eines Mitarbeiters der Beklagten vorliegt (vgl. OLG Bremen, NJOZ 2021, 489 Rn. 55).

## 28

cc) Auch die Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2, 31 BGB/831 BGB i.V. m. § 263 Abs. 1 StGB sind entgegen der Rechtsansicht der Klägerin (vgl. Klage, S. 23 ff.) nicht erfüllt, da es auch hier an der substantiierten Darlegung eines entsprechenden Vorsatzes der Beklagten fehlt. Im Übrigen wäre - ohne dass die von der Klägerin thematisierte Bereicherungsabsicht der Beklagten im Sinne des § 263 StGB einer Klärung bedarf (vgl. Berufungsbegründung, S. 8) - auch die für den Betrugstatbestand erforderliche Stoffgleichheit zwischen einer etwaigen Vermögensseinbuße der Klägerin mit den denkbaren Vermögensvorteilen, die ein verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) oder Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB) der Beklagten für sich oder einen Dritten erstrebt haben könnte, nicht gegeben, weil diese bzw. die Beklagte keinen unmittelbaren Vorteil aus dem Kaufvertrag der Klägerin mit dem Autohaus B. GmbH ziehen konnten (vgl. BGH, NJW 2020, 2798, 2801). Ein etwaiger der Klägerin entstandener Schaden kann stoffgleich allenfalls mit dem Vorteil sein, der der Autohaus B. GmbH als Verkäuferin aus dem

Fahrzeugverkauf zugeflossen ist (vgl. BGH, a. a. O.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.05.2021 - 6 U 15/20, BeckRS 2021, 16080 Rn. 124).

### 29

dd) Ebenfalls kann die Klägerin - anders als sie meint (vgl. Klage, S. 28 ff.) - den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. m. § 31 BGB bzw. § 831 BGB, Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV herleiten. Dieser Anspruch scheitert - neben der fehlenden schlüssigen Darlegung des erforderlichen subjektiven Tatbestandes, s. o. - bereits am Schutzcharakter des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (BGH, NJW 2020, 2798, 2799 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 - I-5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 47 ff.).

### 30

ee) Zwar kann sich ein Anspruch des Verbrauchers auch aus einer Verletzung des § 16 Abs. 1 UWG ergeben, da dieser Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist (vgl. BGH, GRUR 2008, 818, 825 Rn. 87; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Bornkamm), UWG, 39. Auflage 2021, § 16 Rn. 32). Eine Verletzung von § 16 Abs. 1 UWG setzt aber zumindest bedingten Vorsatz voraus (vgl. Bornkamm, a.a.O., § 16 Rn. 17), welcher hier aus den oben dargelegten Gründen nicht gegeben ist.

### 31

c) Für eine Anordnung des Senats gemäß §§ 273 Abs. 2 Nr. 5, 142 Abs. 1 ZPO gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt (vgl. Berufungsbegründung, S. 14) besteht unter Berücksichtigung des Vortrags der Klagepartei (vgl. Berufungsbegründung, S. 5 f.), des möglichen Erkenntniswertes und der Verhältnismäßigkeit einer Anordnung, aber auch unter Beachtung berechtigter Belange des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes der Beklagten kein Anlass.

### 32

d) Die Voraussetzungen einer Überraschungsentscheidung (vgl. Berufungsbegründung, S. 37), einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht (§ 139 ZPO) bzw. des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) sind hier nicht gegeben.

### 33

aa) Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) normiert zwar keine umfassende Frage-, Aufklärungs- und Informationspflicht des Gerichts, insbesondere nicht im Blick auf dessen Rechtsansichten (vgl. BVerfG, NJW 1984, 2147; BVerfG, NJW 2017, 3218 Rn. 50). Denn es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nicht schon jeder Verstoß gegen die einfachgesetzlichen Hinweispflichten, etwa gegen die in § 139 ZPO normierten Anforderungen, eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG darstellt (vgl. BVerfG, NJW 2017, 3218 Rn. 50). Verfassungsfest ist an den Hinweispflichten der Verfahrensordnungen vielmehr nur ein engerer Kern. Nur sofern gegen ihn verstoßen wird, liegt eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG vor (BVerfG, a. a. O.).

### 34

Eine Überraschungsentscheidung und damit eine Verletzung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG liegt aber vor, wenn sich eine Entscheidung ohne vorherigen richterlichen Hinweis auf einen Gesichtspunkt stützt, mit dem nach dem bisherigen Prozessverlauf aus Sicht der betroffenen Partei nicht zu rechnen gewesen ist. Art. 103 Abs. 1 GG räumt dem Einzelnen das Recht ein, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (BGH, Beschluss vom 22.04.2021 - IX ZR 67/20, BeckRS 2021, 11529 Rn. 4). Ein Verstoß gegen den Kern der Hinweispflichten der Verfahrensordnung, der zu einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG führt, liegt bei einer unzulässigen Überraschungsentscheidung vor, wenn das Gericht einen Sachverhalt oder ein Vorbringen in einer Weise würdigt, mit der ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem vorherigen Verfahrensverlauf nicht rechnen konnte (vgl. BGH, NJW 2020, 2730 Rn. 13 m. w. N.).

### 35

bb) Vor diesem Hintergrund musste ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach Stellung der Anträge im Termin vom 03.03.2021 mit der Möglichkeit einer Endentscheidung des Landgerichts rechnen. Soweit die Klägerin im Übrigen rügt, dass das Landgericht gebotene rechtliche Hinweise nicht erteilt habe, ist ein entscheidungserheblicher Verfahrensfehler schon deshalb nicht dargetan, weil die Klägerin nicht darlegt, welchen zum Prozesserverfolg führenden ergänzenden Vortrag sie im Falle der Erteilung vermisster Hinweise gehalten hätte. Damit der Senat die Kausalität einer Verletzung der Prozessleitungspflicht (§ 139

ZPO) prüfen kann, muss bereits in der Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO) angegeben werden, wie die betreffende Partei auf einen entsprechenden Hinweis reagiert hätte, insbesondere was sie im Einzelnen vorgetragen und welche rechtlichen Ausführungen sie in diesem Fall gemacht hätte (BGH, GRUR 2008, 1126, 1127; Zöller/Greger, ZPO, § 139 Rn. 20). Ein entsprechender Vortrag ist hier der Berufungsbegründung vom 12.05.2021 nicht zu entnehmen.

### 36

cc) Zwar weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass der Antrag der Klagepartei zu Ziffer 1. im Tatbestand des Ersturteils (vgl. Endurteil, S. 4) nicht der letzten Fassung gemäß Schriftsatz der Klagepartei vom 29.09.2020 (dort S. 1) entspricht. Hiermit hat das Landgericht gegen § 308 Abs. 1 ZPO verstoßen (vgl. BGH, NJW 2017, 1180 Rn. 13). § 308 Abs. 1 ZPO ist auch dann verletzt, wenn das Gericht zum Nachteil der Klagepartei über einen Antrag entscheidet, den diese so nicht (mehr) gestellt hat (vgl. BGH, NJW 1991, 1683, 1684). Ungeachtet dessen lässt das angefochtene Urteil aber im Übrigen erkennen, dass das Landgericht das gesamte Vorbringen der Klägerin sowie deren Beweisangebote zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Das Landgericht hat insbesondere den Kern des Inhalts der Anträge der Klägerin nicht verkannt, auch wenn es deren Wortlaut im Tatbestand nicht richtig wiedergegeben hat. Das rechtliche Gehör der Klägerin ist daher nicht in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

### 37

e) Mangels eines Schadensersatzanspruches der Klägerin hat auch der Antrag auf Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten keinen Erfolg. Auch ein Annahmeverzug der Beklagten liegt nicht vor.

### 38

f) Dem Antrag der Klägerin auf Zulassung der Revision (vgl. Berufungsbegründung, S. 2) ist nicht zu entsprechen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Gründe im Sinne des § 543 ZPO stehen dem Beschlussverfahren nicht entgegen.

### 39

Der Umstand, dass eine Vielzahl von gleichgelagerten Klagen anhängig gemacht worden sind und werden, gibt der Sache ebenso wenig grundsätzliche Bedeutung wie die Revisionszulassung durch andere Oberlandesgerichte, denn klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage nur dann, wenn sie vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden worden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder wenn dazu in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden (BGH, Beschluss vom 15.08.2018 - XII ZB 32/18, NJOZ 2019, 662 Rn. 3; BGH, Beschluss vom 23.01.2018 - II ZR 73/16, BeckRS 2018, 9324 Rn. 12). Es liegt auch kein Fall der Divergenz vor, da der Senat mit seinem vorliegenden Beschluss von der bekannten obergerichtlichen Rechtsprechung, namentlich den Beschlüssen des Bundesgerichtshofs vom 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 und vom 26.01.2021, Az. VI ZR 405/19, BeckRS 2021, 1283 bzw. dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 nicht abweicht. Entscheidendes Kriterium ist insoweit, dass - was vorliegend nicht der Fall ist - in der Entscheidung des Senats ein abstrakter Rechtssatz aufgestellt wird, der von einem in anderen Entscheidungen eines höheren oder eines gleichgeordneten Gerichts aufgestellten - tragenden - abstrakten Rechtssatz abweicht (BGH, Beschluss vom 23.01.2018 - II ZR 73/16, BeckRS 2018, 9324 Rn. 10; BGH, DNotZ 2016, 139 Rn. 2 m. w. N.; OLG München, Beschluss vom 02.10.2019 - 5 U 4239/19, BeckRS 2019, 45873 Rn. 13). Es ist auch kein Revisionszulassungsgrund, angesichts noch laufender Parallelverfahren eine einheitliche Rechtsprechung zu sichern. Insbesondere liegt eine Abweichung von einem in einer anderen Entscheidung aufgestellten Rechtssatz nicht schon deshalb vor, weil andere Oberlandesgerichte nach der vorliegenden Entscheidung eine abweichende Entscheidung treffen könnten. Ein Rechtssatz, von dem abgewichen wird, liegt damit noch nicht vor (BGH, DStRE 2019, 1490 Rn. 13 f.; OLG München, Beschluss vom 27 U 1929/21 - Seite 16 - 02.10.2019 - 5 U 4239/19, BeckRS 2019, 45873 Rn. 13).

### 40

g) Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 20.900,01 € festzusetzen. Für den Streitwert eines auf Rückabwicklung des Kaufvertrages über ein vom sogenannten Dieselskandal betroffenes Fahrzeug gerichtetes Verfahren ist allein der zur Rückzahlung begehrte Kaufpreis wertbestimmend, während die Zugum-Zug zu erbringenden Gegenleistungen (Rückübereignung des Fahrzeugs und Zahlung einer Nutzungsentschädigung) außer Betracht bleiben (BGH, Beschluss vom 26.01.2021 - VIII ZR 369/19, BeckRS 2021, 4275 Rn. 10). Dem Antrag auf Feststellung des

Annahmeverzugs kommt im Falle einer begehrten Zugum-Zug-Verurteilung ein eigener wirtschaftlicher Wert nicht zu (BGH, Beschluss vom 26.01.2021 - VIII ZR 369/19, BeckRS 2021, 4275 Rn. 11). Der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung vorprozessual angefallener Rechtsanwaltskosten erhöht als Nebenforderung den Streitwert ebenfalls nicht, denn er wird hier neben der Hauptforderung geltend gemacht, für deren Verfolgung Rechtsanwaltskosten angefallen sein sollen (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2020 - VI ZR 238/20, BeckRS 2020, 26875 Rn. 9).

II.

**41**

Aus den dargelegten Gründen hat die Berufung unter keinem Gesichtspunkt Aussicht auf Erfolg. Der Senat beabsichtigt daher, die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen.

**42**

Nach Sachlage empfiehlt es sich, zur Vermeidung unnötiger weiterer Kosten die Rücknahme der Berufung binnen o. g. Frist zu prüfen. Im Falle einer Rücknahme ermäßigt sich gemäß Nr. 1222 S. 2 KV zum GKG die Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen von 4,0 auf 2,0.