OLG München, Hinweisbeschluss v. 01.03.2021 – 8 U 4122/20

Titel:

Dieselskandal: Keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine sittenwidrige Abschalteinrichtung im Daimler-Motor OM 651 im Anschluss an BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19

Normenketten:

BGB § 202 Abs. 1, § 323, § 438, § 440, § 823 Abs. 2, § 826
StGB § 263
Fahrzeugemissionen-VO Art. 5 Abs. 2
EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27
UWG § 16
ZPO § 142 Abs. 1, § 273

Leitsätze:

1. Darlegung und Anhaltspunkte für eine sittenwidrige Abschalteinrichtung oder für unrichtige oder arglistig unvollständige Angaben im Typgenehmigungsverfahren müssen grundsätzlich auf den im streitgegenständlichen Fahrzeug konkret verbauten Motor gerichtet sein. (Rn. 23)
2. Welche konkrete Abschalteinrichtung Gegenstand des Verwaltungsverfahrens zum Motor OM 651 sein soll, wäre klägerseits konkret vorzutragen gewesen. Eine diesbezügliche sekundäre Darlegungs- oder gar Vorlagelast der Beklagten besteht mangels hinreichender Anhaltspunkte dafür, dass Gegenstand dieses Verfahrens nicht nur eine - nach nunmehriger Auffassung des KBA - einfach-rechtlich unzulässige, sondern darüber hinaus auch sittenwidrige Abschalteinrichtung i.S.d. Rspr. des BGH ist, nicht. (Rn. 31 – 52)
3. Auch für angeblich konkret unrichtige oder arglistig unvollständige Angaben im Typgenehmigungsverfahren sind hinreichende Anhaltspunkte erforderlich, ansonsten besteht auch insoweit keine sekundäre Darlegungslast. Selbst wenn die Beklagte insoweit verwaltungsrechtlich weitere Angaben zum Abgasrückführungssystem hätte machen müssen, ginge es zivilrechtlich nicht an, dies ohne weiteres mit konkreten Falschangaben gleichzusetzen. Denn zivilrechtlich kommt eine arglistige Täuschung durch Verschweigen nur in Betracht, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsachen eine Aufklärungspflicht besteht. Für Arglist muss der Handelnde außerdem die Unvollständigkeit seiner Angaben und seine Rechtspflicht zur Aufklärung kennen oder zumindest billigend in Kauf nehmen. Dafür ist hier nichts ersichtlich. (Rn. 53 – 62)
4. Selbst aus einer sekundären Darlegungslast würde sich noch keine „sekundäre Vorlagelast“ oder gar eine „sekundäre Beweislast“ der Beklagten ergeben. (Rn. 63)
5. Die Anordnung der Vorlage von Urkunden kann allenfalls auf § 142 ZPO gestützt werden. Auch § 142 ZPO ermöglicht aber keine Amtsaufklärung. § 142 Abs. 1 ZPO befreit die Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, nicht von ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast. Dementsprechend darf das Gericht die Urkundenvorlegung nicht zum Zwecke bloßer Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags anordnen. (Rn. 64)
6. Die Beweislast bleibt im Übrigen in jedem Falle beim Anspruchsteller. Das gilt auch für die Erholung amtlicher Auskünfte - z.B. des KBA - gem. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Auch § 273 ZPO gibt dem Gericht keine Befugnis zur Amtsaufklärung. Zulässig sind demnach im Grundsatz nur solche Vorbereitungsmaßnahmen, die im Vorbringen der Parteien eine Grundlage finden und, soweit sie auf die Beibringung von Beweismitteln abzielen, die für die entsprechenden Beweiserhebungen geltenden Vorschriften der ZPO beachten. (Rn. 63 – 64)
7. Zur kaufrechtlichen Gewährleistung, soweit die Beklagte auch Verkäuferin des Kfz war. (Rn. 71 – 83)

Schlagworte:

Dieselfall, Mercedes, OM 651, SCR-Katalysator, Abschalteinrichtung, Thermofenster, substanziiert, sekundäre Darlegungslast, sittenwidrige Schädigung, Gewährleistung

Vorinstanz:

LG München II, Endurteil vom 16.06.2020 – 8 O 153/20

Rechtsmittelinstanz:
OLG München, Beschluss vom 08.04.2021 – 8 U 4122/20

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 01.04.2021 zu äußern. Dabei wird der Klagepartei gemäß § 139 Abs. 1 S. 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 25.000 € 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 die Klägerin von der Beklagten am 19.09.2018 einen Pkw Mercedes Benz C 250 Blue zu einem Kaufpreis von 26.802,00 Euro als Gebrauchtwagen mit einer damaligen Laufleistung von 24.186 km. Zum 11.05.20 hat der Kilometerstand 62.790 km betragen. Im Fahrzeug ist ein von der Beklagten entwickelter und hergestellter Motor OM 651 und ein SCR-Katalysator (sogenannte Blue Tec-Technology) verbaut.

3
Die Klägerin behauptet, im streitgegenständlichen Fahrzeug sei eine sog. Abschalteinrichtung verbaut, die zu einer Manipulation des Abgasausstoßes auf Abgasprüfungsanlagen führe. Sie ist der Auffassung, sowohl aus kaufvertraglichen Gesichtspunkten als auch auf Grund deliktischer Ansprüche eine Rückabwicklung des geschlossenen Kaufvertrags verlangen zu können.

4
Die Beklagte ist der Auffassung, dass weder ein Sachmangel am Fahrzeug festzustellen sei, noch ein konkreter Schaden der Klägerin vorgetragen werde. Im übrigen berufe sich die Beklagte auf die Einrede der Verjährung.

5
Mit ihrer Klage begehrt die Klagepartei zuletzt Zahlung von 23.108, 51 Euro (Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung) nebst Zinsen in Höhe von 1.718, 31 nebst weitere Zinsen in Höhe von 4% aus 26.802,00 € seit 12.05.2020 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie Feststellung, dass sich die Beklagte in Annahmeverzug befindet.

6
Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen mit der Begründung, Gewährleistungsansprüche der Klägerin schieden bereits wegen Unerheblichkeit eines etwaigen Mangels aus. Deliktische Ansprüche kämen bereits mangels ersatzfähigen Schadens nicht in Betracht.

7
Hiergegen wendet sich die Berufung der Klagepartei, die nunmehr beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 23.108,51 EUR sowie Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges Mercedes-Benz C 250 Blue mit der Fahrzeugidentifikationsnummer

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Ziffer 1. Genannten Fahrzeugs zwei Wochen nach Rechtshängigkeit in Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit im Übrigen erledigt ist.

II.

8
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.

9
Die Entscheidung des Landgerichts hält den von der Berufung erhobenen Einwendungen ausgehend von der aktuellen Rspr. des BGH zumindest im Ergebnis stand:

10
1. Vorauszuschicken ist, dass die Berufungsbegründung auch 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:

11
2. Zwar wendet sich die Berufung zurecht gegen die Annahme des Landgerichts, Ansprüche aus Deliktsrecht auf Rückabwicklung schieden mangels Schadens aus. Dieser wäre - bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen - nach der Rechtsprechung des BGH in den vorliegenden Fällen im Abschluss des Kaufvertrages zu sehen (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - IV ZR 252/19).

12
3. Eine deliktische Haftung der Beklagten 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 scheidet entgegen der Berufungsbegründung aber nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dennoch aus. Die zuletzt genannten Bestimmungen stellen nach der Rspr. des BGH bereits keine Schutzgesetze dar (so bereits Senat, WM 2019, 1937, und nunmehr auch BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19: Rz. 73 ff.).

13
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.

14
(1) Dabei könne zugunsten der Klagepartei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteinrichtung 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).

15
(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 abgesehen 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 - Abschalteinrichtung 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 Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleich (Rz. 17).

16
(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).

17
(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 hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen.

18
(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 Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist 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).

19
(b) Für ein derartiges Vorstellungsbild des Herstellers müsse die Klagepartei außerdem zumindest konkrete Anhaltspunkte aufzeigen (Rz. 20 ff.).

20
(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 Abschalteinrichtung 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.

21
(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 Abschalteinrichtung zu verwenden (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, ebenfalls zum Motor der Beklagten OM 651).

22
(c) Zur Abgrenzung von grundsätzlich unbeachtlichem Vortrag ins Blaue muss der Anspruchsteller somit mindestens greifbare Anhaltspunkte aufzeigen.

23
Die sonach gebotene Darlegung und der Nachweis einer angeblichen „unzulässigen Abschalteinrichtung“ 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 Abschalteinrichtungen 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 Abschalteinrichtung 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).

24
Einen solchen „Generalverdacht“ hat auch der BGH in seinem Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, nicht angenommen, d.h. auch bei Abstellen auf die dortigen Ausführungen sind konkret motorbezogene Anhaltspunkte erforderlich.

25
(d) Auch die Grundsätze der sekundären Darlegungslast ändern daran nichts.

26
(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 mwN), müssen diese vermuteten Tatsachen dem Gericht auch eine Überprüfung ihrer Entscheidungserheblichkeit ermöglichen, m.a.W. also schlüssig im oben genannten Sinne sein, um überhaupt eine sekundäre Darlegungslast des Bestreitenden auslösen zu können. Denn schon begrifflich ist eine sekundäre Darlegungslast ohne primäre schlüssige Behauptung eines konkreten Lebenssachverhalts ausgeschlossen (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019, Az.: 10 U 134/19, Rz. 36 und 90). Wollte man dies anders sehen, würde man eine Klagepartei in mit den Grundsätzen der deutschen Zivilprozessordnung schwerlich 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).

27
(bb) Aus denselben Gründen löst bloßer Vortrag ins Blaue auch noch keine sekundäre Darlegungslast 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).

28
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).

29
b) Ausgehend von diesen Anforderungen hat die Klagepartei eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung hier nicht hinreichend vorgetragen und unter Beweis gestellt bzw. keine hinreichenden Anhaltspunkte hierfür vorgebracht:

30
(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, fehlt hier sowohl schlüssiger Vortrag als auch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte.

31
(a) Das Landgericht hat diesbezüglich keine konkreten Feststellungen getroffen. Es hat lediglich festgestellt, dass die Klägerin eine sog. Abschaltvorrichtung als verbaut behauptet, die zu einer Manipulation des Abgasausstoßes auf Abgasprüfungsanlagen führe. Weitere Feststellungen hierzu erfolgten nicht. Es wird insoweit auch kein erstinstanzlicher Vortrag von der Berufung konkret als übergangen gerügt.

32
(b) Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung erfolgt die Abgasreinigung durch ein System der Abgasrückführung sowie durch einen SCR-Katalysator, wobei eine - angeblich unzulässige - Abschalteinrichtung (sog. „Thermofenster“) verwendet werde. Die Steuerung der Abgasrückführung erfolge demnach temperaturabhängig (BB S. 11, Bl. 184).

33
Damit wird selbst nach dem Vortrag der Berufung keine sog. Umschaltlogik eingesetzt, die zu einer abweichenden Funktionsweise auf dem Prüfstand führt. Vielmehr soll die Abschaltvorrichtung gerade temperaturabhängig sein, also von einem Parameter abhängen, der unabhängig von der Prüfstandsituation ist.

34
Arbeitet aber die Abgasrückführung in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise, liegt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung entgegen der Ansicht der Berufung (BB S. 7 f.) keine mit dem Motortyp EA 189 von VW vergleichbare Fallkonstellation vor.

35
(c) Ferner war das streitgegenständliche Fahrzeug nach dem eigenen Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung nicht von einer Anordnung des KBA erfasst. Nach Vortrag in der Berufungsbegründung ist das Fahrzeug lediglich Teil einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme der Daimler Benz AG (BB S. 23, Bl. 196), was nach der Rechtsprechung des BGH (s.o.) keinen hinreichenden Anhaltspunkt darstellt, auch wenn von der Berufung die Freiwilligkeit bezweifelt wird.

36
Zur Klarstellung sei insoweit angemerkt, dass der Senat nicht davon ausgeht, dass ein Rückruf des KBA zwingend erforderlich wäre, um entsprechende Anhaltspunkte zu begründen. Ein Rückruf des KBA hinsichtlich eines bestimmten Motortyps wegen einer nach dessen Ansicht unzulässigen Prüfstandserkennungssoftware würde aber in der Regel auch einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür darstellen, dass eine entsprechende unzulässige Abschalteinrichtung auch in anderen Fahrzeugen mit demselben Motortyp objektiv vorhanden ist. Fehlt es aber an einem solchen Rückruf für den konkreten Motortyp, müssen die erforderlichen hinreichenden Anhaltspunkte ggf. in anderer Weise dargelegt werden. Das ist der Klagepartei aber hier nicht gelungen.

37

(d) Auch dem weiteren Vorbringen der Berufung ist - ungeachtet einer vorliegenden Verspätung - nicht hinreichend konkret zu entnehmen, dass die 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 Prüfstandbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert.

38
(aa) Soweit die Berufung vorbringt, dass die Beklagte unter Prüfstandbedingungen eine erhöhte Versottung in Kauf nehme, um die Grenzen der Abgasnorm einzuhalten und die Abgasrückführung durch sog. Thermofenster ungerechtfertigt schnell und nahe des Temperaturbereichs, der im Prüfzyklus verwendet wird, abschalte, um die Langlebigkeit des Fahrzeugs zu erhöhen (Bl. 203), handelt es sich um einen pauschalen Vortrag, der bereits keinen Bezug zu dem im streitgegenständlichen Fahrzeug konkret verbauten Motor aufweist.

39
Gleiches gilt für die vorgebrachte temperaturabhängige Reduzierung der Wirksamkeit des SCR-Katalysators entsprechend einer bestimmten Menge NOx - anstelle von Ammoniak - zur Vermeidung eines sog. Ammoniakschlumpfes, was zu einem massiven Anstieg der Realemissionen führe, obwohl die Beklagte eine Technik zur Erkennung von Ammoniak in einem NOxhaltigen Gas zur Verfügung hätte (BB S. 15/16, Bl. 188/189). Die Berufung bezieht sich dabei auf den Vortrag der Beklagten in einem Parallelverfahren zu einer vom KBA beanstandeten Abschalteinrichtung. Um welchen Motor welchen Modelles es sich dabei handelt, ist nicht ersichtlich. Auch wird nicht dargelegt, zu welchem Anstieg welcher Werte genau dies beim streitgegenständlichen Fahrzeug führen soll. Hinsichtlich der angebliche vorhandenen Sensortechnik ist nicht ersichtlich, inwieweit sich diese überhaupt auf das hier streitgegenständliche Fahrzeug bezieht.

40
(bb) Dabei würde es sich jedoch auch schon tatbestandlich jeweils 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). Vielmehr wird unabhängig von der Prüfstandsituation an die Temperatur angeknüpft. Auch die angeblich vorhandene und nicht eingesetzte Sensortechnik ändert daran nichts. Dafür dass zusätzlich zur Temperaturabhängigkeit beim streitgegenständlichen Fahrzeug eine Steuerung der Abgasrückführung vorliegt, die unzulässigerweise danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor.

41
(cc) Außerdem verkennt die Klagepartei wohl grundlegend, dass die Euro-5 und 6-Grenzwerte nach der früheren gesetzlichen Regelung ausschließlich auf den NEFZ (Neuer Europäischer Fahrzyklus) - Rollenprüfstandtest 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 Typgenehmigungsverfahren (vgl. z.B. Weidemann, NVwZ 2020, 9 [13 f.], beck-online).

42
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 2015 (vgl. Anlage K 1) 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).

43
(e) Soweit die Berufungsbegründung noch aus diversen Gerichtsentscheidungen zitiert, ist schon nicht ersichtlich, dass diese denselben Motor betroffen hätten. Der wiederholt zitierte Beschluss des BGH vom

28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, betraf im Übrigen einen Kaufrechtsfall und sagt nichts darüber aus, welche Anforderungen in diesem Zusammenhang an Vortrag und hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch den Hersteller bzw. ein arglistiges Verschweigen durch den Verkäufer zu richten sind. Dafür ist die zitierte Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des BGH maßgebend.

44
(2) Auch aus der Verwendung eines Thermofensters in dem streitgegenständlichen Fahrzeugmotor ergibt sich - selbst unterstellt, dieses sei als unzulässige Abschalteinrichtung zu qualifizieren (vgl. BB insbes. S. 24 ff., Bl. 197 ff.) - keine Haftung der Beklagten. Denn es fehlt hier an weiteren Umständen i.S.d. Rspr. des BGH, die das Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen:

45
(a) Konkreter Anhaltspunkt für deren Bewusstsein, eine unzulässige Abschalteinrichtung verwendet zu haben und damit jedenfalls billigende Inkaufnahme eines Gesetzesverstoßes ist danach, wie dargelegt, entgegen der Ansicht der Berufung weder eine freiwillige Kundendienstmaßnahme zur Vermeidung eines Rückrufs (BB S: 22-24, Bl. 195-197 und oben 4 a) (4) (b)) noch eine den NEFZ-Prüfbedingungen entsprechende Software (s.o. 4 b) (1))

46
(b) 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 (BB S. 35-37, Bl. 208 ff.):

47
(aa) Das Landgericht hat diesbezüglich keine Feststellungen getroffen. Auch hier hat die Berufung keinen konkreten erstinstanzlichen Vortrag als übergangen gerügt.

48
(bb) Ungeachtet einer Verspätung beschränkt sich die Berufung im Übrigen darauf, pauschal zu behaupten, die Beklagte habe den Genehmigungsbehörden pflichtwidrig die Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung und die im Realbetrieb reduzierte Wirkung des SCR-Katalysators nicht angezeigt und die Behörden dadurch konkludent getäuscht (S. 44, Bl. 217).

49
Wie, wann und wodurch die Beklagte das KBA konkret worüber getäuscht haben soll, wird dort weder konkret dargelegt noch werden hierfür tatsächliche Anhaltspunkte vorgebracht.

50
Die Beklagte erklärt hierzu in der Berufungserwiderung (S. 34 ff., Bl. 268 ff.), das KBA habe die Angaben der Beklagten nicht als unzureichend beanstandet. Die Temperaturabhängigkeit der Steuerung ihres Emissionskontrollsystems habe sie offengelegt. Eine ausführlichere Beschreibung der Funktionen des Emissionskontrollsystems (sog. AES/BES-Dokumentation) sei im Zeitpunkt der Erteilung der Typengenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug nicht vorgesehen gewesen.

51
(cc) Stattdessen begründet die Berufung den Vorwurf, gegenüber der Genehmigungsbehörde nicht Angaben im erforderlichen Umfang gemacht zu haben mit einem in einem Parallelverfahren vor dem LG Stuttgart (2 O 94/19) von der Beklagten das dortige Fahrzeug betreffenden Antragsbogen aus dem Typengenehmigungsverfahren, der Schwärzungen enthält (BB. S. 37, Bl. 210). In dem Dokument heiße es dann, dass die ARGE-Rate durch die Lufttemperatur gesteuert werde. Aus einer Aufstellung solle sich ergeben, dass sich das Dokument auch auf das Modell der C-Klasse beziehe (BB S. 36, Bl. 209). Daraus will die Berufung ableiten, dass mitnichten sämtliche Informationen zur Arbeitsweise des ARGE-Systems enthalten seien, insbesondere fehlten Angaben zum Funktionieren bei niedrigen Temperaturen und eine Beschreibung der Auswirkungen auf die Emissionen.

52
(dd) Dabei ist schon nicht ersichtlich, welche Rückschlüsse sich für das hiesige Verfahren ergeben sollen. Die Berufung geht selbst davon aus, dass es sich dabei nicht um den Typengenehmigungsbogen für das

streitgegenständliche Fahrzeug handelt (BB S. 35; Bl. 208: in dem Parallelverfahren ging es um ein Modell GLC 220 d 4Matic). Warum sich was genau daraus für den vorliegenden Fall ergeben soll, bleibt unklar, auch wenn es sich wohl um denselben Motor OM 651 handelte. Außerdem lassen die Schwärzungen schon keine Überprüfung zu, welche anderen Parameter der Steuerung noch zugrunde liegen.

53
(ee) Unabhängig davon kann der Senat dem Vorbringen schon keine schlüssige Behauptung dahingehend entnehmen, dass und welche konkret unzutreffenden Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems die Beklagte bei der Typgenehmigung gemacht haben soll. Die Berufung scheint vielmehr nach ihrer Auffassung fehlende Angaben zu weiteren Einzelheiten des Abgasrückführungssystems ohne weiteres mit Falschangaben gleichzusetzen.

54
(aaa) Schon dass weitere Angaben der Beklagten verwaltungsrechtlich erforderlich gewesen wären, ist bisher nicht ersichtlich:

55
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 NOx-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.

56
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.

57
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; daraus ergibt sich jedoch nicht ohne Weiteres, dass hierzu ganz konkrete Temperaturbereiche des „Thermofensters“ anzugeben gewesen wären. Die Klagepartei trägt indessen nicht vor, was konkret warum von der Beklagten weiter anzugeben gewesen wäre, sondern rügt lediglich pauschal einen Verstoß des Art. 3 Nr. 9 VO (EG) 692/2008 (BB S. 35 und 37; Bl. 208 und 210: „Angaben zum Funktionieren bei niedrigen Temperaturen und Beschreibung der Auswirkungen auf die Emissionen des Abgasrückführungssystems“).

58
(bbb) Selbst wenn die Beklagte gleichwohl verwaltungsrechtlich „weiteren Angaben“ des Abgasrückführungssystems hätte offenbaren müssen, ginge es zivilrechtlich nicht an, dies ohne weiteres mit konkreten Falschangaben gleichzusetzen:

59
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 mwN).

60
Selbst wenn die Angaben der Beklagten tatsächlich unvollständig gewesen sein sollten, wäre dies demnach noch kein konkreter Anhaltspunkt für deren Bewusstsein, eine unzulässige Abschalteinrichtung bei Verheimlichung dieses Umstands zu verwenden bzw. verwendet zu haben. Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen (S. 35, Bl. 269), dass es 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]).

61
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 (aaO 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.

62
(ff) 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.

63
(gg) Selbst aus einer - hier schon nicht ersichtlichen, s.o. - sekundären Darlegungslast würde sich im Übrigen noch keine „sekundäre Vorlagelast“ oder gar eine „sekundäre Beweislast“ der Beklagten ergeben würde: Dem nicht als vom Landgericht als übergangen gerügten Antrag auf Vorlage des Typengenehmigungsbogens für das streitgegenständliche Fahrzeug war ungeachtet seiner Verspätung bereits deshalb nicht zu entsprechen.

64
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 Vortrags anordnen (BGH, Urteil vom 27. Mai 2014 - XI ZR 264/13).

65
Dafür ist kein auch nur ansatzweise ausreichender Vortrag der Klagepartei ersichtlich. Zudem ist schon nicht ersichtlich, weshalb die Klagepartei den Typengenehmigungsbogen nicht über das KBA beibringen hätte können.

66
Im übrigen wurde der Beweisantrag schon nicht als vom Landgericht übergangen gerügt und wäre damit verspätet.

67
(hh) Schließlich wäre die Klagepartei hier auch beweisfällig.

68
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 gegenteiligen Behauptungen hat die Klagepartei aber mit Ausnahme ihres Antrags auf Anordnung der Vorlage des Typengenehmigungsbogens im Berufungsverfahren nicht angeboten.

69
(c) Soweit die Berufung einen Vorsatz der Beklagten im Sinne einer bewussten Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung aus einem Schreiben der Beklagten an ihre Werkstätten (BB S. 47, K 8) herleiten will, ergibt sich aus dem genannten Schreiben bereits derartiges nicht. In diesem Schreiben, bei dem u.a. das Datum geschwärzt ist, heißt es unter anderem: „Achten Sie dringend darauf, dass kein Fahrzeug die Werkstatt verlässt, ohne dass die aktuell durchzuführende/n Maßnahme/n abgearbeitet wurde/n.“

70
Inwieweit sich daraus ergeben soll, dass das Update ohne Einverständnis der Kunden anlässlich Werkstattbesuche ohne Zusammenhang mit der freiwilligen Kundendienstmaßnahme aufgespielt werden solle, um damit die Software des Steuergeräts zu verändern und so inkriminierte Software zu überspielen und so zu vernichten, - wie die Berufung meint - ist bereits nicht ersichtlich. Im Übrigen ließe ein Schreiben, das offenbar erst im Zuge der freiwilligen Kundendienstmaßnahme, also zeitlich gesehen deutlich nach dem Antrag auf Typengenehmigung verfasst wurde, keine Rückschlüsse auf die Kenntnis der Verantwortlichen der Beklagten zum früheren Zeitpunkt der Beantragung der Typengenehmigung zu.

71
4. Da die Beklagte den Feststellungen des Landgerichts zufolge auch Verkäuferin des streitgegenständlichen Fahrzeugs war, kämen hier zwar auch kaufrechtliche Ansprüche grundsätzlich in Betracht (vgl. dazu BGH vom 9. Juni 2020, VIII ZR 315/19). Die Beklagte ist aber auch nicht gemäß §§ 437 Nr. 2, 323, 346 BGB zur Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 19.09.2018 verpflichtet. Unabhängig vom Vorliegen eines erheblichen Sachmangels scheiden Gewährleistungsansprüche aus:

72
a) Ein Rücktritt ist nach § 218 Abs. 1 BGB wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs unwirksam. Nach den Feststellungen des Landgerichts hat sich die Beklagte auch auf die Einrede der Verjährung berufen.

73
Die vereinbarte einjährige Verjährungsfrist war bereits abgelaufen. Die gesetzlichen Verjährungsfristen (hier § 438 BGB) sind gemäß § 202 Abs. 1 BGB grundsätzlich disponibel. Selbst gegenüber Verbrauchern ist gemäß - dem trotz Richtlinienwichtigkeit weiterhin anzuwendenden, vgl. BGH vom 18.11.20, Gz. VIII ZR 78/20 - § 476 Abs. 2 BGB bei gebrauchten Sachen eine Verkürzung der Verjährung auf bis zu einem Jahr ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn zulässig.

74
Wie sich aus dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten (Klageerwiderung S. 3, Bl. 34) und der von der Beklagten mit Klageerwiderung vorgelegten Anlage B1 ergibt, haben die Parteien gemäß VII Ziffer 1. der Gebrauchtfahrzeug-Verkaufsbedingungen für Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln eine einjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung des Fahrzeugs vereinbart. Die Verwendung der Verkaufsbedingungen wurde im weiteren Verlauf von der Klägerin auch nicht angegriffen.

75
Das Fahrzeug wurde der Klägerin nach eigenem Vortrag in der Klageschrift am 04.10.2018 übergeben; zum Zeitpunkt der Klageerhebung Anfang 2020 war daher bereits Verjährung eingetreten.

76

Ein arglistiges Verschweigen eines etwaigen Mangels, das auch nach VII Ziff. 4 der Verkaufsbedingungen eine Verjährungsverkürzung ausschlösse, ist wie dargelegt nicht gegeben.

77
b) Darüber hinaus würden kaufrechtliche Ansprüche auf Rückabwicklung auch an der fehlenden Fristsetzung scheitern.

78
Wie der BGH inzwischen klargestellt hat, stellt das - hier unterstellte - Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung einen Sachmangel und keinen Rechtsmangel dar (BGH vom 9. Juni 2020, VIII ZR 315/19). Daher war eine Nachfristsetzung hier grundsätzlich erforderlich, §§ 323, 440 BGB. Eine derartige Fristsetzung war hier auch nicht entbehrlich:

79
(1) Die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung wäre nach § 326 Abs. 5 BGB nur entbehrlich, wenn beide Varianten der Nacherfüllung unmöglich wären (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18). Das ist hier aber zumindest für eine Ersatzlieferung weder vorgetragen noch sonst ersichtlich:

80
Nach der Rspr. des BGH ist eine Ersatzlieferung in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich denkbar. Die Lieferung einer identischen Sache ist nicht erforderlich. Vielmehr ist insoweit darauf abzustellen, ob die Vertragsparteien nach ihrem erkennbaren Willen und dem Vertragszweck die konkrete Leistung als austauschbar angesehen haben. Für die Beurteilung der Austauschbarkeit der Leistung ist auch ein mit einem Modellwechsel einhergehender, mehr oder weniger großer Änderungsumfang des neuen Fahrzeugmodells im Vergleich zum Vorgängermodell nach der Interessenlage des Verkäufers eines Neufahrzeugs in der Regel nicht von Belang (BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17; vgl. auch BGH, Urteil vom 24.10.2018 - VIII ZR 66/17).

81
(2) Auch liegen keine besonderen Umstände i.S.v. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Insbesondere ist dies nicht aufgrund eines arglistigen Verschweigens des - den unterstellten Sachmangels begründenden - Thermofensters gegeben. Denn, wie bereits oben unter Ziffer 3. ausgeführt, steht gerade nicht fest, dass die Beklagte bzw. deren Organe in dem Bewusstsein gehandelt haben, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verheimlichen. Zu einer Täuschung der Beklagten bei Kaufvertragsabschluss fehlt in der Berufungsbegründung bereits jeglicher Vortrag und wäre dieser mithin auch verspätet.

82
(3) Genauso scheidet eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen für die Klägerin als Käufer bestehender Unzumutbarkeit der Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 BGB) aus.

83
Soweit die Unzumutbarkeit grundsätzlich aus einem Vertrauensverlust gegenüber dem Hersteller wegen einer diesem etwaig anzulastenden arglistigen Täuschung resultieren kann, liegt eine solche aus den vorstehend genannten Gründen nicht vor. Zu einer Täuschung der Beklagten bei Kaufvertragsabschluss fehlt jeglicher Vortrag.

84
5. Auch ein Anspruch wegen Verstoßes gegen § 16 UWG scheidet vorliegend aus.

85
Es fehlt auch insoweit bereits an dem notwendigen Vorsatz.

86
a) Zwar kann sich ein Anspruch des Verbrauchers - hier des Klägers - aus einer Verletzung des § 16 Abs. 1 UWG ergeben. Denn § 16 Abs. 1 UWG ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 16 Rn. 32), so dass dem Verbraucher bei einer Verletzung Ansprüche zustehen können (vgl. Franzke in Büscher, UWG, 1. Aufl., § 16 Rn. 36).

87

b) Entsprechende Feststellungen des Landgerichts sind weder hinsichtlich einer konkreten Werbemaßnahme noch bezüglich deren Wahrheit oder Unwahrheit vorhanden. Nachdem bereits nicht gerügt wurde, dass und welcher erstinstanzliche Vortrag durch das Landgericht diesbezüglich übergangen wurde, wäre ein Vortrag hierzu bereits verspätet. Der Vortrag in der Berufungsbegründung beschränkt sich im übrigen auf einen Verweis auf S. 4ff. der Klageschrift (S. 55, Bl. 228). Ein eigener Vortrag der Berufung dazu, welche konkrete Aussage welcher Werbung objektiv unwahr sein soll, fehlt.

88
c) Eine Verletzung des § 16 Abs. 1 UWG würde zudem zumindest bedingten Vorsatz voraussetzen (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen a.a.O., § 16 Rn. 17; Franzke in Büscher a.a.O., § 16 Rn. 17; so OLG Köln Urteil vom 27.09.2019 - 6 U 57/19)). Dieser ist aber im Hinblick auf die Abgasreinigung, wie sie die Beklagte vornimmt, aus den oben dargelegten Gründen nicht gegeben. Auch der BGH hat eine derartige Anspruchsgrundlage noch nicht einmal erwogen.

III.

89
1. Der Streitwert ergibt sich aus dem bezifferten Hauptsache-Zahlungsantrag von 23.108,51 €. Der Antrag auf (ausgerechnete) Zinsen aus einem Betrag von 26.802,00 € wird in der Berufung nicht mehr gestellt. Soweit Feststellung der Erledigung beantragt wird, dürfte sich dies auf die erstinstanzlich noch darüber hinaus beantragten Zinsen beziehen. Maßgeblich ist insoweit nur noch das Kosteninteresse, das mit 1.500 € angesetzt wird (1.218,31 € ausgerechnete Zinsen sowie 4% Zinsen aus 26.802 für ca. 4 Monate, entspricht 2.075, 67 €, somit Streitwert bis 3000 € für Gerichtskosten (3 x 108 €) und zwei Anwälte (je 2,5 x 201 € + USt)). Es ist daher beabsichtigt, den Streitwert der Berufung auf bis zu 25.000 € festzusetzen.

90
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).

91
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.).