OLG München, Hinweisbeschluss v. 12.07.2022 – 8 U 463/21

Titel:

Keine Haftung von Audi für den entwickelten, hergestellten und eingebauten 3,0-Liter-Motor (hier: Audi A4 3.0 TDI, EU 5)

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826
AEUV § 267
VO (EG) Nr. 715/2007 Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2
RL 2007/46/EG Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46
EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1
ZPO § 148, § 522 Abs. 2

Leitsätze:

1. Vgl. zu 3,0 Liter-Motoren von Audi mit unterschiedlichen Ergebnissen auch: BGH BeckRS 2021, 37683; BeckRS 2021, 41003; BeckRS 2022, 21374; OLG Bamberg BeckRS 2022, 33515; OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 43408; OLG München BeckRS 2022, 18804; BeckRS 2022, 18875; BeckRS 2022, 28198; BeckRS 2022, 34469; BeckRS 2021, 52024; OLG Nürnberg BeckRS 2022, 21211; LG Bamberg BeckRS 2022, 29502; LG Kempten BeckRS 2022, 28679; LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2022, 30355; OLG Bamberg BeckRS 2022, 28703 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1) sowie OLG Brandenburg BeckRS 2021, 52227 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1). (redaktioneller Leitsatz)
2. Ein Thermofenster, das im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise wie im Fahrbetrieb auf der Straße arbeitet, ist nicht mit einer Prüfstanderkennungssoftware gleichzusetzen, selbst wenn die Abgasrückführung nur bei Außentemperaturen zwischen 15°C und 33°C in vollem Umfang stattfindet und außerhalb dieser Bedingungen deutlich reduziert wird, und selbst dann noch, wenn nur unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand etc.) die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand entspricht. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)
3. Dass - hier bei der Aufheizstrategie - an Parameter angeknüpft wird, die regelmäßig, aber nicht ausschließlich auf dem Prüfstand vorkommen, genügt für das Vorliegen einer evident unzulässigen Prüfstanderkennungssoftware bzw. einer Umschaltlogik nicht. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)
4. Die Schlussanträge des Generalanwalts Rantos vom 2.6.2022 geben keine Veranlassung, von der gefestigten Rechtsprechung des BGH abzuweichen oder eine Vorlage an den EuGH gem. § 267 AEUV bzw. eine Aussetzung entsprechend § 148 ZPO bis zu einer Entscheidung des EuGHs in Erwägung zu ziehen. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, 3,0-Liter-Motor, Audi, Schadensersatz, sittenwidrig, unzulässige Abschalteinrichtung, Thermofenster, Prüfstandserkennung, Aufheizstrategie, Schlussanträge des Generalanwaltes

Vorinstanz:

LG Passau vom -- – 4 O 496/20

Fundstelle:

BeckRS 2022, 21228

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. binnen 3 Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses zu äußern.

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
Nach den landgerichtlichen Feststellungen erwarb die Klagepartei am 31.08.2018 von dritter Seite einen gebrauchten Audi A4 3.0 TDI, EU 5 (EZ: 24.04.2013) für 31.900,- € netto.

2
Die Klagepartei behauptet, dass ihr Fahrzeug mit einem Motor des Typs 3,0 l TDI ausgestattet sei, in welchem eine unzulässige Abschalteinrichtung in Form eines Thermofensters implementiert sei, die zum Schutz des Motors nicht erforderlich sei. Die Abgasreinigung sei lediglich bei Außentemperaturen zwischen 20 Grad Celsius und 30 Grad Celsius vollständig aktiv, außerhalb dieses Fenster werde die Abgasreinigung teilweise bzw. bei Außentemperaturen unter 10 Grad Celsius vollständig abgeschaltet. Für das Fahrzeug liege ein Rückruf vor, es existierten auch Rückrufe des KBA für „vollständig gleiche“ Fahrzeugtypen.

3
Die Beklagte bestreitet, die Klagepartei getäuscht oder vorsätzlich sittenwidrig geschädigt zu haben. Im streitgegenständlichen Fahrzeug sei ein Motor des Typs V-TDI (EU 5) verbaut. Ein verbindlicher Rückruf des KBA existiere nicht.

4
Die Klagepartei hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 24.442,86 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu zahlen, festzustellen, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug mit der Entgegennahme des Fahrzeugs befinde und die Beklagte ferner zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 1.211,50 € nebst Zinsen zu bezahlen.

5
Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der Klagepartei keine Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte zustünden.

6
Eine Haftung gem. § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB analog bestehe nicht. Unabhängig davon, dass ein Rückruf für das streitgegenständliche Fahrzeug nicht bestehe, habe die Klagepartei zum Genehmigungsverfahren und den konkreten Gründen für das konkrete Fahrzeug betreffende nachträgliche Anordnungen des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) nichts vorgetragen. Der Verweis auf andere Konzernmotoren und daraus gezogene Parallelen stellten nach der Rspr. des BGH keinen substantiierten Vortrag dar. Im Übrigen spiegelten die für die Zulassung eines Fahrzeuges einzuhaltenden Prüfungsvorgaben die Nutzung im Straßenverkehr nicht 1 zu 1 wider. Abweichende Messergebnisse, die das KBA zum Anlass für nachträgliche Anordnungen nähme, könnten daher nur Indiz sein, dass das Fahrzeug nunmehr als fehlerhaft bewertet werde, nicht aber dafür, dass die Hersteller im Zeitpunkt der Erwirkung der Zulassung davon ausgingen, mit der Implementierung der Motorsteuerungssoftware zulässige Ausnahmeregelungen in den Zulassungsvorschriften umgangen zu haben, und der Fortbestand der Zulassung daher gefährdet sei.

7
Mit der Berufung verfolgt die Klagepartei ihre erstinstanzlichen Anträge weiter.

II.

8
Der Senat beabsichtigt, die Berufung als unbegründet zurückzuweisen, da er einstimmig davon überzeugt ist, dass diese offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, 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 nur rudimentär begründete Entscheidung des Landgerichts hält den von der Berufung erhobenen Einwendungen ausgehend von der aktuellen Rspr. des BGH jedenfalls im Ergebnis stand.

10
1. Vorauszuschicken ist, dass der Senat, soweit die Berufungsbegründung Vorbringen enthält, das sich im Ersturteil so nicht findet, davon ausgehen muss, dass es im Berufungsverfahren neu ist und schon mangels entsprechender Berufungsrüge i.S.v. § 520 III Nr. 4 ZPO dort nicht mehr gem. § 531 II ZPO zugelassen werden kann und deshalb auch nicht mehr zugelassen wird.

11
Weiter sind pauschale Bezugnahmen auf erstinstanzlichen Vortrag bekanntermaßen unzulässig (vgl. z.B. BGHZ 35, 103; BGH NJW 1998, 155; Thomas/Putzo ZPO 25. Aufl., Rn. 2 vor § 284 ZPO).

12
Dessen ungeachtet ist die Berufung auch sonst erfolglos.

13
2. Da die Klagepartei das Fahrzeug nicht von der Beklagten gekauft hat, d.h. ausweislich des landgerichtlichen Urteils war diese unstreitig nicht am Kaufvertragsschluss beteiligt, kommen hier grundsätzlich nur deliktische Ansprüche in Betracht.

14
2.1 Eine Haftung der Beklagten gem. §§ 826, 31 BGB bzw. § 831 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung besteht offenkundig nicht.

15
a) Wie vom Senat anhand der höchstrichterlichen Rspr. herausgearbeitet (vgl. Senat, Hinweisbeschluss vom 01.03.2021, Endbeschluss vom 08.04.2021, Gz. 8 U 4122/20, veröffentlicht in Beck-Online und Juris, NZB BGH Az. VII ZR 453/21), käme eine Haftung der Beklagten wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB nur in Betracht, wenn von der Klagepartei rechtzeitig und ohne prozessuale Verspätung hinreichender Vortrag sowie unstreitige oder nachgewiesene Anhaltspunkte vorgebracht wurden, die den Schluss nahelegen, dass im Motor ihres Fahrzeugs von der Beklagten entweder eine

„Prüfstanderkennungssoftware“ verbaut wurde, die bewusst und gewollt von der Beklagten so programmiert worden ist, 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 hat, wie sie z.B. dem BGH-Urteil vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, zum VW-Motor EA 189) zugrunde lag, oder eine andere verwaltungsrechtlich unzulässige Abschalteinrichtung, wie etwa ein sog. Thermofenster, verbaut worden ist, und zugleich Anhaltspunkte für besondere Umstände i.S.d. Rspr. des BGH vorliegen, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen.

16
Nach höchstrichterlicher Rspr. (Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20) darf dabei zwar eine Partei selbst von ihr nur vermutete Tatsachen als Behauptung in einen Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen hat. Ein auf Vermutungen gestützter Sachvortrag ist aber dann unbeachtlich, wenn ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt werden, wobei bei der Annahme von Willkür Zurückhaltung geboten ist und eine solche i.d.R. nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen wird (BGH, Urt. v. 18.05.2021 - VI ZR 401/19; v. 25.04.1995 - VI ZR 178/94).

17
b) Der klägerische Vortrag war bei Berücksichtigung dessen zur Begründung einer entsprechenden Haftung unzureichend, weshalb es keiner Beweisaufnahme bedurfte.

18
(1) Für den Verbau einer sog. Prüfstanderkennungssoftware wurden keine Anhaltspunkte aufgezeigt.

19
Nach Angaben der Klagepartei, die die Beklagte dem Grunde nach nicht in Abrede stellt, ist im streitgegenständlichen Fahrzeugmotor ein Thermofenster implementiert, bei welchem die Abgasreinigung lediglich bei Außentemperaturen zwischen 20 Grad Celsius und 30 Grad Celsius vollständig aktiv, außerhalb dieses Fensters die Abgastemperatur jedoch teilweise und bei unter 10 Grad Celsius völlig

ausschalte. Die Beklagte hat lediglich die Größe des Thermofensters pauschal bestritten; sie hat jedoch ausgeführt, dass Thermofenster zum Motorschutz verbaut worden sei und daher bereits nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen einer unzulässigen Abschalteinrichtung gemäß Art. 5 VO (EG) 715/2007 erfülle.

20
Es fehlt daher bereits schlüssiger Klagevortrag zu einer verbauten Prüfstanderkennungssoftware. Das gerügte Thermofenster stellt keine solche dar. Eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise wie im Fahrbetrieb auf der Straße arbeitet, ist nicht mit einer solchen gleichzusetzen (BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19). Dies ist auch dann noch der Fall, wenn die AGR nur bei Außentemperaturen zwischen 15°C und 33°C in vollem Umfang stattfindet und außerhalb dieser Bedingungen deutlich reduziert wird, und selbst dann noch, wenn nur unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand etc.) die Rate der AGR im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand entspricht (BGH, Beschluss v. 09.03.2021 - VI ZR 889/20). Zutreffend hat das Landgericht daher im Ergebnis die Klage ohne Durchführung einer Beweisaufnahme abgewiesen.

21
(2) Zudem hat die Klagepartei auch in der Berufung jedenfalls keine zureichenden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer solchen Funktion aufgezeigt, weshalb der Beklagten diesbezüglich auch keine weitere sekundäre Darlegung oblag.

22
Soweit in der Berufungsbegründung umfangreich dazu ausgeführt wird, dass es in Bezug auf die Bestätigung einer unzulässigen Abschalteinrichtung keinen Unterschied mache, ob „nur“ eine freiwillige Servicemaßnahme, wie im Streitfall, existiere, oder ein verpflichtender Rückruf seitens des KBA, erfolgt sei, sei zur Klarstellung insoweit angemerkt, dass der Senat nicht davon ausgeht, dass ein amtlicher Rückruf des KBA für den jeweiligen Motor wegen einer Prüfstanderkennungssoftware zwingend erforderlich wäre, um entsprechende Anhaltspunkte zu begründen. Ein Rückruf des KBA hinsichtlich eines bestimmten Motortyps wegen einer nach dessen Ansicht dort verbauten unzulässigen Prüfstanderkennungssoftware würde aber in der Regel auch einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür darstellen, dass eine solche auch in anderen Fahrzeugen mit demselben Motortyp objektiv vorhanden ist. Fehlt es an einem solchen Rückruf, müssen die erforderlichen hinreichenden Anhaltspunkte ggf. in anderer Weise dargelegt werden. Das ist der Klagepartei aber auch in der Berufungsinstanz nicht gelungen.

23
Der Beklagten oblag daher keine weitere sekundäre Darlegung. Erst Recht trifft sie keine sekundäre Vorlegungslast. Dem Antrag der Berufung, „der Beklagten aufzugeben, sämtliche Kommunikation mit dem KBA betreffend den freiwilligen Rückruf der Modelle 3.0l TDI EURO 5 aufgrund der zulässigen Abschalteinrichtungen“ (BB S. 4) war deshalb nicht zu entsprechen. Zudem ermöglicht § 142 ZPO keine Amtsaufklärung. Das Gericht darf deshalb die Urkundenvorlegung nicht zum Zwecke bloßer Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags anordnen (BGH, Urt. v. 27.05.2014 - XI ZR 264/13). Hieran fehlt es vorliegend aus dargelegten Gründen.

24
(3) Soweit die Berufung nunmehr erstmals - verspätet - vorträgt, dass im streitgegenständlichen Dieselmotor eine sog.weitere unzulässige Abschalteinrichtung in Form eines sog. Aufwärmmodus bzw. einer Aufheizstrategie verbaut sei, handelt es sich um neuen streitigen Vortrag, da die Beklagte in der Berufungserwiderung weiterhin bestritten hat, dass eine mit dem EA 189-Dieselmotor vergleichbare Umschaltlogik im streitgegenständlichen Fahrzeugmotor verbaut sei (vgl. BE S. 12 ff.), der verspätet und daher nicht mehr zuzulassen ist (s.o.).

25
a) Der Sachvortrag würde jedoch auch keine andere Beurteilung rechtfertigen, da die Klagepartei jedenfalls zureichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer evident unzulässigen Abschalteinrichtung nicht vorgetragen hat, weshalb der Beklagten auch insoweit keine sekundäre Darlegungs- bzw. Vorlagelast obliegt (s.o.).

26
Soweit die Klagepartei vorträgt, dass das schadstoffsparende Programm des Aufwärmmodus bzw. der Aufheizstrategie das Fahrverhalten und die Routen des Prüfstandlaufs (NEFZ) anhand des Schalt- und Lenkverhaltens erkenne und damit dementsprechend „fast ausschließlich“ beim Durchfahren des NEFZ aktiviert werde, während es, sobald es das Aufwärmprogramm verlasse, in den Normalbetrieb wechsle, ergibt sich hieraus schon nicht, dass eine Aktivierung dieser Funktion auf dem Prüfstand in Form einer - mit dem EA 189-Dieselmotor vergleichbaren - Umschaltlogik erfolgt. Dass an Parameter angeknüpft wird, die regelmäßig, aber nicht ausschließlich auf dem Prüfstand vorkommen, genügt für das Vorliegen einer evident unzulässigen Prüfstanderkennungssoftware bzw. einer Umschaltlogik indes nicht.

27
b) Soweit die Berufung auf einen - bereits nicht vorgelegten (Anl. K 8) - Bescheid des KBA verweist, welcher zeige, dass in sämtlichen Audi 3.0er Euro 5 und Euro 6- eine Abschaltfunktion in Form des Aufwärmmodus verbaut sei, genügt die Klagepartei durch diese lediglich pauschale Behauptung ihrer Darlegungslast für eine angeblich auch im streitgegenständlichen Fahrzeugmotor verbaute unzulässige Abschalteinrichtung nicht. Vielmehr müssen Darlegung und Nachweis von Anhaltspunkten nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich konkret motorbezogen 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 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. EU6 statt EU5) dem Generalverdacht einer unzulässigen Abschalteinrichtung unterworfen werden würden (Beschluss v, 29.08.2019, Az. 8 U 1449/19, WM 2019, 1937, NZB vom BGH mit Beschluss v. 15.09.2020, Gz. VI ZR 389/19, ohne weitere Begründung zurückgewiesen). Gegen einen solchen Generalverdacht spricht auch hier, dass das KBA nicht etwa alle 3-Liter-Motoren der Beklagten pauschal beanstandet hat. Der Verweis auf eine Entscheidung des OLG Koblenz (BB S. 7 f.), welches einen Schadensersatzanspruch der dortigen Klagepartei wegen der genannten unzulässigen Abschalteinrichtungen bejaht habe (Urteil vom 05.06.2020 - 8 U 1803/19), ist daher nicht zielführend.

28
(2) Für das Vorliegen anderer verwaltungsrechtlich unzulässiger Abschalteinrichtungen bedarf die Annahme von Sittenwidrigkeit, wie ausgeführt, zusätzlicher Umstände, die hier gleichfalls nicht aufgezeigt wurden. Deshalb traf die Beklagte auch insoweit keine weitere sekundäre Darlegungslast und kann die Unzulässigkeit des verbauten Thermofensters sowie der behaupteten Aufheizstretegie sogar unterstellt werden.

29
(a) Der BGH hat dabei erst kürzlich bezüglich des Thermofensters bekräftigt, dass der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit jedenfalls voraussetzt, dass die seitens der Beklagten handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems im Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (Leitsatz BGH, Urt. v. 16.09.2021 - VII ZR 190/20).

30
(b) Der BGH hat weiter auf den Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission Volkswagen verwiesen, nach dem Thermofenster von allen Autoherstellern eingesetzt und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet würden; insoweit sei ein Verstoß betreffend die Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 5 II S.2 a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht eindeutig (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016). Eine u.U. nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genüge aber für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht (BGH, Urt. v. 16.09.2021 - VII ZR 190/20, Rz 31 ff.).

31
Die Beklagte hat vorgetragen, das Thermofenster aus Gründen des Motor- bzw. Bauteilschutzes für gerechtfertigt gehalten zu haben. Auf eine unvertretbare Gesetzesauslegung als Hinweis auf das

erforderliche Unrechtsbewusstsein seitens der Beklagten kann sich die Klagepartei bzw. Berufung dabei aus dargelegten Gründen schon nicht stützen.

32
(c) Aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters folgen außerdem nach höchstrichterlicher Rspr. ebenfalls noch keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Beklagte tätige Personen im Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte dabei - erforderliche - Angaben zu Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 I S.1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung zu prüfen. Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, ergeben sich damit nicht (BGH, Urt. vom 16.09.2021 - VII ZR 190/20, Rz 26 ff.).

33
Gründe, weshalb hier etwas anderes gelten sollte, wurden nicht dargetan, d.h. selbst eine unzureichende Offenlegung des Thermofensters würde nicht auf das erforderliche Unrechtsbewusstsein seitens der Beklagten hinweisen. Die Beklagte hat zudem ausgeführt, dass dem KBA bereits aus einem durchgeführten Anhörungsverfahren wegen der Frage, ob die in den Jahren 2009/2010 verwendete ursprüngliche Bedatung der temperaturabhängigen Abgasrückführung (AGR) in den VTDI Generation 2 EU 5 - Fahrzeugen eine unzulässige Abschalteinrichtung iSv Art. 5 VO (EG) 715/2007 darstelle, die Verwendung eines Thermofensters bekannt gewesen sei. Das KBA sei nach intensiver Überprüfung und Durchführung eigener Messungen zu dem Ergebnis gelangt, dass keine unzulässige Abschalteinrichtung festgestellt werden könne. In einer amtlichen Auskunft an das OLG Stuttgart (Az. 16a U 194/19) habe das KBA jüngst die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens festgehalten und bestätigt, dass für Fahrzeuge des VW-Konzerns mit einem EA896 VTDI Generation 2 (Monoturbo) EU5-Motor, wie dem im klägerischen Fahrzeug verbauten, keine unzulässige Abschalteinrichtung festgestellt worden sei. Soweit die Klagepartei in der Berufungsbegründung explizit bestreitet (BB S. 9), dass die Beklagte dem KBA das Thermofenster sowie die sog. Aufheizstrategie im Genehmigungsverfahren offenbart habe, genügt sie durch bloßes Bestreiten ihrer Darlegungslast als Anspruchstellerin bereits nicht. Dass die Beklagte sich der Unzulässigkeit des Thermofensters und der Aufheizstrategie bewusst gewesen ist und im hier maßgeblichen Typgenehmigungsverfahren daher unzutreffende Angaben gemacht haben soll (BB S. 8), erschließt sich daher nicht, und ist daher offenkundig - mithin unbeachtlich - ins Blaue behauptet.

34
(d) Schließlich wäre für die Annahme des erforderlichen Unrechtsbewusstseins selbst nicht ausreichend, dass ein Fahrzeug Gegenstand einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme, wie vorliegend, ist, mit der bezweckt werden soll, eine unzulässige Abschalteinrichtung in Wegfall zu bringen und einen verpflichtenden Rückruf zu vermeiden (BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19). Denn daraus lassen sich keine Rückschlüsse auf das Vorstellungsbild des Herstellers zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung ziehen.

35
Auch insoweit oblag der Beklagten diesbezüglich daher keine weitere sekundäre Darlegung bzw. traf sie keine Vorlagelast (so.). Die Erholung einer amtlichen Auskunft gemäß § 273 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO, wie klägerseits beantragt (BB S. 10), kam deshalb gleichfalls nicht in Betracht.

36
1.1. Eine Haftung der Beklagten folgt hier nach höchstrichterlicher Rspr. auch nicht aus § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB.

37
Für eine Haftung wegen Betruges fehlt es bei dem vorliegenden Gebrauchtwagenkauf von einem Dritten schon an der erforderlichen Stoffgleichheit des etwaig erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils seitens der Beklagten mit dem Vermögensschaden des Käufers bzw. der Klagepartei (vgl. BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20).

38

1.2. Letztlich kommt auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 II UAbs. 2 und Art. 5 I VO 715/2007/EG oder § 6 I, § 27 EG-FGV weiterhin nicht in Betracht, da es sich insoweit nicht um drittschützende Normen handelt, auf die ein entsprechender deliktischer Anspruch gestützt werden könnte.

39
Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 72 ff., BGHZ 225, 316; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 10 ff., ZIP 2020, 1715; vgl. auch Beschluss vom 10. Februar 2022 - III ZR 87/21 Rn. 8 ff, juris) davon aus, dass die Rechtslage im Hinblick auf § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV von vornherein eindeutig („acte clair“, vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs 283/81, NJW 1983, 1257, 1258; BVerfG, NVwZ 2015, 52 Rn. 35) ist. Zuletzt hat er dies im Beschluss vom 4. Mai 2022 - VII ZR 656/21 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das den Gegenstand der Schlussanträge des Generalanwalts Rantos vom 02.06.2022 bildende Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Ravensburg ausgesprochen.

40
Selbst wenn die Verordnung (EG) 715/2007 dem Schutz der Käufer eines Fahrzeugs vor Verstößen des Herstellers gegen seine Verpflichtung, neue Fahrzeuge in Übereinstimmung mit ihrem genehmigten Typ bzw. den für ihren Typ geltenden Rechtsvorschriften in den Verkehr zu bringen, diente, besage dies nichts für die Frage, ob damit auch der Schutz des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts und damit der Schutz des Käufers vor dem Abschluss eines ungewollten Vertrages erfasst sein solle. Es seien keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber mit den genannten Vorschriften (auch) einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer bezweckt habe und an die (auch fahrlässige) Erteilung einer inhaltlich unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung einen gegen den Hersteller gerichteten Anspruch auf (Rück-)Abwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags hätte knüpfen wollen (BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 - VII ZR 656/21 -, Rn. 3, juris).

41
Auch die Schlussanträge des Generalanwalts Rantos vom 02.06.2022 in der Rechtssache C-100/21 (Celex-Nr. 62021CC0100) geben keine Veranlassung, von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen oder nunmehr eine Vorlage an den EuGH gem. § 267 AEUV bzw. eine Aussetzung entsprechend § 148 ZPO bis zu einer Entscheidung des EuGH in dieser Sache in Erwägung zu ziehen.

42
(1) Da der Senat im vorliegenden Falle angesichts des Streitwerts von über 20.000,00 € nicht letztinstanzlich entscheidet, träfe ihn auch keine Vorlagepflicht gem. § 267 III AEUV allenfalls wäre ihm eine Vorlagemöglichkeit gem. § 267 II AEUV eröffnet, zu der er aus den nachfolgenden Gründen keinen Anlass sähe.

43
(2) Zunächst ist festzuhalten, dass die Schlussanträge den Europäischen Gerichtshof nicht binden. Auch wenn der Europäische Gerichtshof ihnen in der Regel folgt, haben die Schlussanträge keinerlei Außenwirkung.

44
(3) Darüber hinaus schlägt der Generalanwalt inhaltlich zwar vor, die erste und zweite Vorlagefrage so zu beantworten, dass Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der RL 2007/46 dahin auszulegen sind, dass sie die Interessen eines individuellen Erwerbers eines Kraftfahrzeugs schützen, insbesondere das Interesse, kein Fahrzeug zu erwerben, das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 ausgestattet ist (IV B. 50 der Schlussanträge vom 02.06.2022). Hinsichtlich der Vorlagefragen 3 - 6 beschränkt sich der Antrag jedoch auf die Feststellung, dass ein Erwerber eines Fahrzeugs einen Ersatzanspruch gegen einen Hersteller hat, wenn dieses Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 ausgestattet ist. Es sei jedoch Sache der Mitgliedstaaten die Regeln für die Art und Weise der Berechnung des Ersatzes des Schadens, der dem Erwerber entstanden ist, festzulegen, sofern dieser Ersatz in Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes dem erlittenen Schaden angemessen ist (IV C 65 der Schlussanträge vom 02.06.2022). Damit stünde es den Mitgliedstaaten, selbst wenn der Europäische Gerichtshof den Anträgen des Generalanwalts folgen sollte, weiterhin frei, einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen einer Verletzung des

wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts zu verneinen. Ein solcher ist aber Gegenstand der vorliegenden Berufung.

45
(4) Auch sonst bieten die Schlussanträge des Generalanwalts in der Sache keine ausreichenden Anhaltspunkte, um nunmehr von einer durch den EuGH klärungsbedürftigen Frage auszugehen:

46
a) Zur EuGH-Vorlage des BGH zur Klärung der Frage, ob es sich bei den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Medizinprodukte-RL um Schutzgesetze gem. § 823 II BGB handeln könne (NJW 2015, 2737), hat der EuGH seinerzeit entschieden, dass die Voraussetzungen, unter denen eine von einer benannten Stelle begangene schuldhafte Verletzung der ihr im Rahmen dieses Verfahrens gemäß dieser Richtlinie obliegenden Pflichten ihre Haftung gegenüber den Endempfängern begründen kann, vorbehaltlich der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität dem nationalen Recht unterliegen (EuGH, ECLI:ECLI:EU:C:2017:128 = NJW 2017, 1161 [Schmitt/TÜV Rheinland] zur Haftung für Schäden durch fehlerhafte Brustimplantate). Das sieht im Grundsatz auch der Generalanwalt so, wenn er in Rz. 55 ausführt, dass, abgesehen von einem Entschädigungsanspruch, der unmittelbar im Unionsrecht begründet ist, im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu bestimmen ist, wie der entstandene Schaden zu ersetzen ist, wobei die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu verhängen ermöglichen müssen.

47
b) Bei der Beurteilung dieser Frage übersieht der Generalanwalt dann jedoch, dass nach nationalem deutschem Recht bei der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in erster Linie - sogar z.T. verschuldensunabhängige - äußert „wirksame und abschreckende“ kaufvertragliche Ansprüche in Betracht kommen (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, zum Motor EA189, BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, zum Motor OM651) und Ansprüche aus unerlaubter Handlung deshalb erst nach Ablauf der - europarechtlich einheitlichen - Gewährleistungsfristen in den Fokus treten.

48
c) Dass es aus Gründen der „Äquivalenz und der Effektivität“ europarechtlich nach Ablauf der Gewährleistungsfristen zusätzlich noch der Begründung einer Fahrlässigkeitshaftung gem. § 823 II BGB iVm Art.5 II, 3 Nr.10 der VO Nr. 715/2007 bedürfte, ist daher weiterhin nicht ersichtlich (vgl. bereits Senat, Beschluss vom 29.8.2019 - 8 U NJW-RR 2019, 1497 Rn. 72, beckonline, rechtskräftig, NZB vom BGH mit Beschluss vom 15.09.2020, Gz. VI ZR 389/19, ohne Begründung zurückgewiesen).

49
d) Daran ändert auch die Pressemitteilung Nr. 104/2022 des BGH vom 01.07.2022 zum Verhandlungstermin am 22.11.2022 in Sachen VI1 ZR 335/21 (“Dieselverfahren“; … unionsrechtliche Folgefragen) nichts. Der Senat versteht diese Pressemitteilung dahingehend, dass der BGH nur vorsorglich einen Termin bestimmt hat, um sich ggfs. zeitnah mit einer Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C - 100/21 befassen zu können. Dem kann nach Auffassung des Senats aber nicht entnommen werden, dass der BGH nunmehr davon ausginge, dass im Hinblick auf die Schlussanträge des Generalanwalts kein „acte clair“ mehr vorliege.

III.

50
1. Der Streitwert wird entsprechende der bezifferten Hauptsache-Zahlungsklage auf bis zu 25.000,00 € festzusetzen.

51
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).

52
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.).