OLG Bamberg, Hinweisbeschluss v. 25.02.2022 – 1 U 470/21

Titel:

Thermofenster, Abschalteinrichtung, Sittenwidrigkeit, Beweislast, Rückrufpflicht, Schadensersatzanspruch, Substantiierungspflicht

Schlagworte:

Thermofenster, Abschalteinrichtung, Sittenwidrigkeit, Beweislast, Rückrufpflicht, Schadensersatzanspruch, Substantiierungspflicht

Vorinstanzen:

LG Bamberg, Berichtigungsbeschluss vom 02.11.2021 – 24 O 68/21

LG Bamberg, Berichtigungsbeschluss vom 22.10.2021 – 24 O 68/21

LG Bamberg, Endurteil vom 28.09.2021 – 24 O 68/21

Rechtsmittelinstanzen:

OLG Bamberg, Beschluss vom 07.04.2022 – 1 U 470/21

BGH, Urteil vom 23.09.2025 – VIa ZR 584/22

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 28.09.2021, Az. 24 O 68/21, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 29.521,90 € festzusetzen.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 23.03.2022.

Entscheidungsgründe

I.

1
Der Kläger verlangt Schadensersatz von der Beklagten als Motorenherstellerin nach dem Kauf eines Pkws.

2
1. Der Kläger erwarb am 03.05.2012 von einem gewerblichen Händler einen neuen Pkw B. X3 xDrive20d zu einem Kaufpreis von 42.984,03 € mit einem Kilometerstand von 5 km. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs N 47 (Euro-Norm 5) ausgestattet, in dem u.a. ein sog. Thermofenster integriert ist. Zum Zeitpunkt der Berufungsbegründung am 17.12.2021 wies das streitgegenständliche Fahrzeug eine Gesamtlaufleistung von 156.598 km auf.

3
Ein amtlicher Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamts (im Folgenden: KBA) wegen des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschalteinrichtung für das streitgegenständliche Fahrzeug liegt nicht vor.

4
Der Kläger hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass die Beklagte ihn durch das Inverkehrbringen eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Motors vorsätzlich sittenwidrig geschädigt habe gemäß § 826 BGB. Das Emissionsverhalten des Fahrzeugs weiche im Prüfzyklus gegenüber dem realen Fahrbetrieb ab. Dies werde durch eine Erkennung der Rollenprüfstandsituation erreicht, was drehzahl- und umgebungsbasiert sowie auch zeitabhängig erfolge. Der Motor verfüge zudem über ein Thermofenster, wonach die Abgasreinigung bei bestimmten Temperaturen ausgeschaltet werde.

5
Der Kläger hat erstinstanzlich die Rückzahlung des Kaufpreises vermindert um anrechenbare Nutzungen, ausgehend von einer Gesamtlaufleistung von 500.000 km, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs sowie die Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten und die Zahlung von außergerichtlichen Anwaltskosten beantragt.

6
Die Beklagte ist der Klage inhaltlich entgegengetreten. Die klägerischen Behauptungen erfolgten „ins Blaue hinein“. Eine Umschaltlogik werde im streitgegenständlichen Motortyp nicht verwendet. Dies habe das KBA in zahlreichen Auskünften bestätigt.

7
Hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird ergänzend auf den erstinstanzlichen Tatbestand Bezug genommen.

8
2. Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 28.09.2021 abgewiesen, da die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches nicht erfüllt seien.

9
Der Kläger habe zu den objektiven Tatbestandsvoraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB nicht hinreichend vorgetragen, es handle sich insofern um Behauptungen „ins Blaue hinein“. Aus Abweichungen der Abgaswerte zwischen Realbetrieb und Prüfstand folgten keine Erkenntnisse für die Frage einer unzulässigen Abschalteinrichtung. Ein Rückruf durch das KBA sei unstreitig nicht erfolgt. Es fehle damit die konkrete Gefahr einer Betriebsbeschränkung.

10
3. Gegen dieses den Klägervertretern am 29.09.2021 zugestellte Endurteil hat der Kläger mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 15.10.2021, eingegangen beim Oberlandesgericht am selben Tag, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 17.12.2021, eingegangen beim Oberlandesgericht am selben Tag, innerhalb verlängerter Frist begründet.

11
Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge weiter, angepasst um die weiteren gezogenen Nutzungen, erweitert um die Forderung von Deliktszinsen.

12
Das Landgericht habe die Klage unzutreffender Weise abgewiesen. Der Kläger habe zur Funktionsweise der unzulässigen Abschalteinrichtung ausreichend vorgetragen. Das Landgericht habe die Anforderungen an die Substantiierungspflichten insofern überspannt und sich auch mit dem erstinstanzlichen klägerischen Vortrag nicht ausreichend auseinandergesetzt. Jedenfalls wäre daher die Erholung des angebotenen Sachverständigengutachtens notwendig gewesen. Ein erstes Gutachten in einem anderen Verfahren (siehe Anlage BK 5) stütze die Ansicht des Klägers. Die Beklagte verwende in dem Fahrzeug insgesamt fünf verschiedene Erkennungsmodi, insbesondere auch durch das Thermofenster und die Erkennung der Lenkradstellung. Die Beklagte habe auch sittenwidrig gehandelt, müsse sich entsprechendes Wissen ihrer Vorstände oder sonstiger Mitarbeiter zurechnen lassen. Die Beklagte treffe insofern eine sekundäre Darlegungslast.

13
Der Kläger beantragt unter Abänderung des am 28.09.2021 verkündeten Urteils:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 29.521,90 nebst Zinsen aus Euro

29.521,90 hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 09.02.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs B. X3, FIN: ….

II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 15.069,14 Deliktszinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs B. X3, FIN: ….

III. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag I genannten Fahrzeugs seit dem 09.02.2021 in Verzug befindet.

IV. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 1.873,06 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

14
Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

15
Sie verteidigt das Urteil unter Aufrechterhaltung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Die klägerische Berufung gehe wie schon der erstinstanzliche Vortrag nicht auf den streitgegenständlichen Sachverhalt bzw. das konkrete Urteil ein, sondern bestehe nur aus Vortrag aus anderen Verfahren zu anderen Herstellern. Das Fahrzeug unterliege keinem Rückruf durch das KBA. Eine Beweisaufnahme sei vorliegend mangels substantiierten Vortrags des Klägers nicht erforderlich gewesen. Die Beklagte habe im streitgegenständlichen Motor keine Abschalteinrichtung verbaut, insbesondere auch nicht durch das verwendete Thermofenster. Dies habe das KBA mehrfach bestätigt. Ein bereits in erster Instanz vorgelegtes Sachverständigengutachten, erholt vom Landgericht Ulm, habe die klägerischen Behauptungen für den streitgegenständlichen Motor N47 EU5 widerlegt (Anlage B16). Auch der Bundesgerichtshof habe die Auffassung der Beklagtenpartei im Hinweisbeschluss vom 15.09.2021, Az. VII ZR 2/21 (vgl. Anlage BB 1), mittlerweile bestätigt.

II.

16
Der Senat ist davon überzeugt, dass der Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Bamberg offensichtlich im Sinne des § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO die Erfolgsaussicht fehlt und auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO vorliegen. Der Senat beabsichtigt deshalb, die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. Gemäß § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO weist der Senat den Kläger auf die beabsichtigte Entscheidung hin und gibt ihm zugleich Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu und zur beabsichtigten Festsetzung des Berufungsstreitwerts.

17
1. Zutreffend hat das Landgericht Bamberg festgestellt, dass der Kläger gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 826 BGB (i.V.m. §§ 31 bzw. 831 BGB) hat, da es an der substantiierten Darlegung der hierzu erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen fehlt.

18
a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, welches nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19; BGH, Urteil vom 28.06.2016, Az.: VI ZR 536/15, WM 2016, 1975). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, Urteil vom 28.06.2016, Az.: VI ZR 536/15, WM 2016, 1975). 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, Urteil vom 07.05.2019, Az.: VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164).

19
b) Als objektiv sittenwidrig wäre das Verhalten der Beklagten im Verhältnis zum Kläger insbesondere dann zu qualifizieren, wenn die Beklagte auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch, langjährig Motoren in den Verkehr gebracht hat, obwohl die Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19). Durch die Verwendung des Motors ginge dann nämlich nicht nur eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden einher, sondern auch die Gefahr, dass bei einer Aufdeckung für die betroffenen Fahrzeuge eine Betriebsbeschränkung oder eine Betriebsuntersagung droht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19). Ein solches Verhalten wäre im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschalteinrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren.

20
c) Nach Maßgabe dessen ist der Sachvortrag der Klägerseite nicht schlüssig und erheblich. Die dafür angebotenen Beweise sind unzulässige Ausforschungsbeweise und stellen ein willkürliches Vorgehen dar, das rechtsmissbräuchlich und deshalb prozessual unzulässig ist. Dies gilt insbesondere, weil der Kläger die Hinweise des KBA und deren Feststellungen und Mitteilungen bzw. das Unterlassen einer Beanstandung / eines Rückrufs schlicht ignoriert bzw. als (für ihn) nicht relevant hält.

21
aa) Der Senat verkennt nicht, dass der Kläger Analogien zu den Vorgängen innerhalb des VW-Konzerns behauptet. Er behauptet, dass (auch) der in seinem Fahrzeug verbaute Motor über eine unzulässige Abschalteinrichtung verfüge, so dass bei der Überprüfung der Abgaswerte auf einem Prüfstand zum Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen für die öffentlich-rechtliche Zulassung durch die verwendete Software ein anderer Betriebsmodus eingeschaltet werde als bei Normalbetrieb. Die Zulassung zum öffentlichen Verkehr sei also erschlichen worden. Mit dieser Behauptung setzt der Kläger sich allerdings – anders als die Erwerber von Fahrzeugen, bei denen Rückrufe seitens des KBA erfolgt sind – in Widerspruch zu den Feststellungen des KBA. Dieses im Widerspruch zu den amtlichen Prüfungen stehende Vorbringen des Klägers kann aufs Geratewohl, gleichsam „ins Blaue hinein“ gemacht und mithin unbeachtlich sein, wenn keine substantielle Auseinandersetzung mit den Feststellungen der Bundesbehörde erfolgt. Es bedarf tatsächlicher Anhaltspunkte dafür, dass die klägerische Behauptung dennoch zutreffen könnte (BGH, Urteil vom 13.12.2002, Az. V ZR 359/01 juris; Beschluss vom 28.01.2020, Az. VIII ZR 57/19 juris; OLG Bamberg, Urteil vom 03.02.2021, Az. 8 U 92/20; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., Vor § 284).

22
bb) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruches ist erst dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat. Das Gericht muss in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls den benannten Zeugen oder einem Sachverständigen die Streitfragen zu unterbreiten (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020, Az. VIII ZR 57/19 = NJW 2020, 1740 m.w.Nw.). Es ist einer Partei auch nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann. Eine Behauptung ist jedoch dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „auf das Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (vgl. BGH a.a.O.), wie auch die Berufung noch zutreffend ausführt.

23
cc) Unter Zugrundelegung dieser Rechtsgrundsätze hat das Landgericht jedoch zutreffend festgestellt, dass der Vortrag des Klägers zu den behaupteten unzulässigen Abschalteinrichtungen in erster Instanz auch in der Berufungsinstanz eine Behauptung „ins Blaue hinein“ dar, insbesondere zur Fahrzykluserkennung, zur Manipulation des OBD-Systems und zum Thermofenster. Der Kläger trägt letztlich keine konkreten Anhaltspunkte vor, dass eine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut worden sein sollte sowie dass die öffentlich-rechtliche Zulassung zum Betrieb des Motors im Verkehr erschlichen worden ist, obwohl die dazu erforderliche Einhaltung der gesetzlichen Grenzwerte nicht gegeben war.

24
Die vorgelegten Messungen und Berichte von Dritten sind nicht ausreichend, um zu belegen, dass in dem Motor eine unzulässige Abschalteinrichtung in Bezug auf die Erreichung der Zulassung zum öffentlichen Verkehr vorliegt. Diese Messungen beziehen sich offensichtlich auf die hier nicht relevante Nutzung des

Fahrzeuges beim täglichen Gebrauch im öffentlichen Verkehr. Dass diese Werte stets von den im Prüfzyklus gemessenen Werten abweichen, ist allgemein bekannt. Aus diesem Grund beurteilt der Senat die dargelegten „Auffälligkeiten“ auch nicht als derart eklatant, dass sie nicht anders als durch eine unzulässige Abschalteinrichtung erklärt werden könnten.

25
Gerade weil das KBA nach einer Prüfung bestimmte Typen von Fahrzeugen bzw. Dieselmotoren beanstandet hat, andere aber nicht, zeigt, dass ein Rückruf für Fahrzeuge vom Modell B. X 3 xDrive20d mit dem streitgegenständlichen Motortyp nicht erfolgen wird, weil es an einer täuschenden Software fehlt. Dies nach Auffassung des Senats umso mehr, da mittlerweile über sechs Jahre seit dem Bekanntwerden der grundsätzlichen Möglichkeit derartiger Manipulation zur Täuschung des KBA vergangen sind und genug Zeit für entsprechende Nachprüfungen blieb. Nichts anderes ergibt sich aus der Anlage BK 5. Auffällig ist schon, dass hier nur ein Teilgutachten aus Anfang 2020 vorgelegt wird. Jedenfalls erging diese vorläufige Einschätzung, die auch eine unzulässige Abschalteinrichtung nicht belegt, zu einem anderen Fahrzeugtyp, ohne dass ersichtlich wäre, dass die Ergebnisse auf das streitgegenständliche Fahrzeug übertragbar wären. Gleiches gilt für die anderen erst zweitinstanzlich vorgelegten Unterlagen. Da sich hieraus für das streitgegenständliche Fahrzeug nichts herleiten lässt, kann dahinstehen, ob entsprechender Vortrag verspätet erfolgt ist bzw. die Unterlagen berücksichtigt werden dürfen.

26
Der Kläger trägt auch nicht vor, dass von ihm entweder durch das KBA oder durch die Beklagte gefordert wurde, sein Fahrzeug in eine Werkstatt zu bringen, damit eine die unzulässigen Abschalteinrichtungen behebende Software aufgespielt wird. Der Vortrag des Klägers stellt im Kern allein darauf ab, dass in anderen Motoren, insbesondere von anderen Herstellern, eine rechtswidrige Abschalteinrichtung verwendet wurde, um zu behaupten, dass dies auch beim streitgegenständlichen Dieselmotor der Beklagten der Fall sein dürfte oder muss. Diese Schlussfolgerung ist willkürlich, anhaltslos und nicht belastbar.

27
dd) Zu beachten ist auch, dass die Beklagte bereits mit Klageerwiderung detailliert dargestellt hat, dass beim klägerischen Fahrzeug keine Umschaltung zwischen Prüfstand und realem Fahrbetrieb hinsichtlich der Abgasrückführung stattfindet, die dazu führt, dass das Fahrzeug im Prüfbetrieb und im realen Fahrbetrieb in zwei unterschiedlichen Abgasrückführungsmodi operiert und deshalb auch nicht vom sog. Dieselskandal betroffen ist. Das Fahrzeug sei nach Prüfung des KBA nicht von einem Rückruf zur Aufspielung eines Updates zur Beseitigung einer unzulässigen Abschalteinrichtung betroffen. Auch hat sie dargelegt und unter Beweis gestellt, dass der streitgegenständliche Fahrzeugtyp im Rahmen der Untersuchungskommission für „unauffällig“ befunden wurde.

28
Auch hat die Beklagte substantiiert vorgetragen, dass keine Täuschung des KBA erfolgte und das KBA bestätigt habe, dass der streitgegenständliche Fahrzeugtyp keine Abschalteinrichtung verwende (vgl. zuletzt in der Berufungserwiderung vom 24.02.2022, S. 22 ff., sowie die Anlage B 13 bis 15 mit jeweils einer konkreten Bestätigung des KBA zum streitgegenständlichen Motortyp). Die Angaben der Beklagten werden im Übrigen durch das als Anlage B 16 in einem vom Landgericht Ulm erholten Sachverständigengutachten vom 22.07.2021 betreffend den streitgegenständlichen Motortyp bestätigt.

29
Der Kläger ist diesem bereits erstinstanzlich erfolgten substantiierten Vortrag der Beklagten in der Folgezeit nicht ausreichend entgegengetreten. Soweit der Kläger entsprechende Mitteilungen vorliegend in Zweifel zieht, folgt dem der Senat nicht. Der Senat sieht keinerlei Motiv, weshalb das KBA Behörden bzw. Gerichte mit falschen Auskünften bedienen bzw. jedenfalls nicht auf seine eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit hinweisen sollte. Die den Wahrheitsgehalt der Auskünfte in Zweifel ziehenden Behauptungen erweisen sich als willkürlich und wegen Rechtsmissbrauchs unbeachtlich (vgl. BGH NJW-RR 09, 1236; 13,9; BGH WM 15, 1562).

30
Hinsichtlich des weiteren Vortrags zum Thermofenster verkennt der Kläger, dass die Beklagte hierzu substantiiert vorgetragen hat, auch das KBA dies beim vorliegenden Motortyp als zulässig betrachtet hat und das KBA. Damit bestehen schon keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte hiermit eine unzulässige Abschalteinrichtung verwendet hat. Der klägerische Vortrag enthält demnach letztlich nur

allgemeine Ausführungen zu (irgend) einem Thermofenster, ohne auf das streitgegenständliche Fahrzeug im Einzelnen einzugehen.

31
Gleiches gilt zu den Ausführungen zur behaupteten Sittenwidrigkeit diesbezüglich. Den Beweisanträgen ist deshalb nach alledem nicht nachzukommen.

32
ee) Der Vortrag der Klagepartei führt auch nicht zu einer sekundären Darlegungslast der Beklagten zu den technischen Gegebenheiten der mit dem Motor EA 288 ausgestatteten Fahrzeuge. Grundsätzlich trägt der Geschädigte, der sich auf einen Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB beruft, die volle Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 33. Aufl., vor § 284 Rdnr. 34). Die Annahme einer sekundären Darlegungslast setzt voraus, dass der darlegungs- und beweisbelasteten Partei die nähere Darlegung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während die gegnerische Partei alle wesentlichen Tatsachen kennt oder es ihr zuzumuten ist, nähere Angaben zu machen. Die Voraussetzungen für eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten sind hier nicht erfüllt. Um eine Ausforschung zu vermeiden, muss der unstreitige oder zu beweisende Vortrag des Beweispflichtigen greifbare Anhaltspunkte für seine Behauptung liefern (Zöller-Greger, a.a.O, m.w.N.).

33
Daran fehlt es hier, wie bereits dargestellt. Im Übrigen hat die Beklagte zum streitgegenständlichen Fahrzeug umfassend und detailliert vorgetragen (s.o.), hätte einer sekundären Darlegungslast folglich sogar Genüge getan.

34
ff) Zu den einzelnen angeblichen Manipulationen ist lediglich zum Thermofenster noch Folgendes ergänzend anzumerken:

35
Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof mittlerweile mehrfach festgehalten, dass die Entwicklung und der Einsatz der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) für sich genommen nicht ausreichen, um einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) zu begründen, selbst wenn dies aus Gründen der Kostensenkung und Gewinnerzielung geschieht. Der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit ist vielmehr nur gegeben, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Dies setzt voraus, dass die handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (vgl. u.a. BGH, Beschluss v. 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19, Beschluss vom 09.03.2021, Az. VI ZR 889/20, Urteil vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/20; Urteile vom 16.09.2021, Az. VII ZR 190/20, 286/20, 321/20 und 322/20; Beschluss vom 13.10.2021, Az. VII ZR 179/21).

36
Ein derart vorsätzliches Verhalten im Sinne einer bewussten sittenwidrigen Schädigungsabsicht kann nur dann angenommen werden, wenn über die bloße Kenntnis von dem Einbau einer Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in den streitgegenständlichen Motor hinaus zugleich auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass dies von Seiten der Beklagten in dem Bewusstsein geschah, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen, und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde.

37
An einem solchen substantiierten Vortrag fehlt es hier. Der Kläger hätte vorliegend zumindest darlegen müssen, dass und warum Organe der Berufungsbeklagten, deren Wissen sie sich gemäß § 31 BGB analog zurechnen lassen müsste, die auf einem Gesetzesverstoß beruhende Unzulässigkeit einer Abschalteinrichtung in Gestalt eines sogenannten Thermofensters zumindest billigend in Kauf genommen haben sollen. Da der Kläger keine konkreten Umstände dargelegt hat, die schlüssig auf ein sittenwidriges Vorgehen bzw. einen Schädigungsvorsatz hinweisen könnten, würde man es der Berufungsbeklagten auferlegen, im Rahmen einer sekundären Darlegungslast eine negative Tatsache, nämlich die Unkenntnis und den fehlenden Vorsatz ihrer Organe darzulegen, was in dieser Allgemeinheit nicht zumutbar ist (vgl. OLG Frankfurt a. M. Hinweisbeschluss v. 15.1.2020 – 11 U 92/19, BeckRS 2020, 9094 Rn. 33).

38
Insoweit kann der Kläger auch nicht mit Erfolg auf die hinsichtlich des von der Beklagten entwickelten Motors Typ EA 189 ergangene Rechtsprechung (grundlegend insoweit BGH, Urteil v. 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19) verweisen. Die Implementierung einer zum Zwecke der Erkennung der Prüfstandssituation entwickelten Software, die ausschließlich in diesen Fällen das Emissionsverhalten des Fahrzeugs verändert, stellt sich als qualitativ vollständig anders dar als ein temperaturabhängiges Abgasrückführungssystem, welches vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, und bei dem Gesichtspunkte des Motor- bzw. des Bauteilschutzes als technische Rechtfertigung plausibel und nachvollziehbar angeführt werden können. In derartigen Fällen kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die verantwortlichen Organe der Beklagten von einer – möglicherweise – letztlich unzutreffenden, aber dennoch vertretbaren und im Übrigen auch von den im Überprüfungsverfahren involvierten staatlichen Stellen geteilten Gesetzesauslegung und -anwendung ausgegangen sind (vgl. OLG Köln, Beschluss v. 04.07.2019, Az. 3 U 148/18; OLG München, Beschluss v. 10.02.2020, Az. 3 U 7524/19). Der Senat erachtet diesbezüglich die in der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG München, Beschluss v. 10.02.2020, Az. 3 U 7524/19; OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019, Az. 3 U 148/18; OLG Stuttgart, Urteil v. 30.07.2019, Az. 10 U 134/19) geäußerte Auffassung als überzeugend, nach der bereits die kontrovers geführte Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) 2007/715 zeigt, dass die Gesetzeslage an dieser Stelle nicht unzweifelhaft und eindeutig ist.

39
gg) Zur Vermeidung von Wiederholungen wird im Hinblick auf die weiteren angeblichen Manipulationen ergänzend vollumfänglich auf die Ausführungen des Landgerichts Bamberg Bezug genommen (LGU S. 5 ff.). Jedenfalls fehlt es auch diesbezüglich am ausreichenden Nachweis einer vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung. Im Übrigen kann ergänzend auf die überzeugenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs mit Hinweisbeschluss vom 15.09.2021, Az. VII ZR 2/21 (vgl. Anlage BB 1), betreffend die Beklagte verwiesen werden, insbesondere auch zu den Ausführungen zur angeblichen Manipulation des OBD-Systems (BGH a.a.O., S. 8 f.).

40
2. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 31 BGB. Diese würden jeweils den Nachweis eines deliktischen Handelns bzw. einer vorsätzlichen Täuschungshandlung voraussetzen. Dieser ist – wie oben dargelegt – dem Kläger nicht gelungen. Im Übrigen scheitert dieser Anspruch bereits am Fehlen der Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az. VI ZR 5/20, Rn. 17 ff. m.w.N., juris).

41
3. Dem Kläger steht auch kein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 VO 715/2007/EG zu, da diese keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az. VI ZR 5/20 und Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19).

42
4. Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass Deliktszinsen nach § 849 BGB in jedem Fall nicht verlangt werden können, da der Kläger für die Hingabe seines Geldes im Wege des Leistungsaustauschs eine in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbare Gegenleistung erhalten hat. In diesem Fall kompensiert die tatsächliche Nutzbarkeit der Gegenleistung die Nutzungsmöglichkeit des Geldes (vgl. BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 354/19, NJW 2020, 2796). Weshalb der Kläger trotz der bekannten höchstrichterlichen Rechtsprechung dennoch einen entsprechenden Anspruch geltend macht, erschießt sich nicht.

III.

43
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO) liegen nicht vor. Soweit Rechtsfragen zu beantworten waren, sind diese in der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt. Der Senat weicht hiervon nicht ab.

44

Auch ist eine mündliche Verhandlung in der vorliegenden Sache nicht geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO). Es ist auszuschließen, dass in einer mündlichen Verhandlung neue, im Berufungsverfahren zuzulassende Erkenntnisse gewonnen werden können, die zu einer anderen Beurteilung führen.

45
Der Senat regt daher an, zur Vermeidung von Kosten die aussichtslose Berufung innerhalb offener Stellungnahmefrist zurückzunehmen und weist in diesem Zusammenhang auf die in Betracht kommende Gerichtsgebührenermäßigung (KV Nr. 1222) hin.

IV.

46
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird in Anwendung von § 47 Abs. 1 i.V.m. § 48 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO zu bestimmen sein. Hierzu wird auf die Berechnung des Klägers in seiner Berufungsbegründung vom 17.12.2021 Bezug genommen (vgl. insb. S. 166).