

**Titel:**

**Abgasmanipulation, Typpgenehmigung, Prüfstanderkennung, Sittenwidrigkeit, Schadensersatz, Rückabwicklung, Darlegungslast**

**Schlagworte:**

Abgasmanipulation, Typpgenehmigung, Prüfstanderkennung, Sittenwidrigkeit, Schadensersatz, Rückabwicklung, Darlegungslast

**Vorinstanzen:**

OLG München, Hinweisbeschluss vom 01.07.2022 – 27 U 2851/22

LG Augsburg, Endurteil vom 11.04.2022 – 112 O 2445/21

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH, Urteil vom 03.12.2025 – VIa ZR 1452/22

**Tenor**

1. Der Antrag des Klägers, bis zur Entscheidung des Rechtsstreits vor dem Bundesgerichtshof im Verfahren VIa ZR 335/21 das Verfahren gemäß § 148 ZPO auszusetzen bzw. eine Entscheidung des Senats zurückzustellen, wird zurückgewiesen. Soweit der Schriftsatz des Klägers vom 23.8.2022 als Gegenvorstellung gegen den Senatsbeschluss vom 5.7.2022 auszulegen ist, wird das Rechtsmittel zurückgewiesen.

2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 11.4.2022, Aktenzeichen 112 O 2445/21, wird zurückgewiesen.

3. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

4. Das in Ziffer 2 genannte Urteil des Landgerichts Augsburg und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 35.000,00 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Der Senat hat die Argumentation in den Schriftsätzen des Klägers vom 4.7.2022 und vom 23.8.2022 geprüft, hält aber an seiner im Hinweisbeschluss vom 1.7.2022 dargelegten Rechtsauffassung fest. Weder die Stellungnahme des Generalanwaltes beim Europäischen Gerichtshof vom 2.6.2022 – C-100/21, ECLI:ECLI:EU:C:2022:420, noch die Pressemitteilung des BGH Nr. 104/2022 vom 1.7.2022 geben zu einer Aussetzung des Verfahrens Veranlassung. In Anwendung seines richterlichen Ermessens hält der Senat weiterhin (vgl. Hinweisbeschluss vom 1.7.2022, S. 20 ff., und Beschluss vom 5.7.2022) eine Aussetzung des Verfahrens nicht für sachgerecht.

2

1. Der Senat hat die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, insbesondere die Urteile des EuGH vom 17.12.2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216 und vom 14.7.2022 (C-128/20, BeckRS 2022, 16622, C-134/20, BeckRS 2022, 16621, C-145/20, BeckRS 2022, 16620) ausgewertet und seine Entscheidung hieran orientiert. Auf dieser Grundlage hat der Senat unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts die Überzeugung gebildet, dass vorliegend die richtige Anwendung des Unionsrechts, insbesondere die Frage des Drittschutzes des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 und der RL 2007/46/EG angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks des geltenden Unionsrechts derartig offenkundig zu beantworten ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt (vgl.

BGH, Beschluss vom 4.8.2021 – VII ZR 280/20, BeckRS 2021, 28852 Rn. 1; BGH, NJW 2020, 2798, 2799 f.) und der Senat hierdurch auch nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht. Der Senat ist ferner davon überzeugt, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und für den Gerichtshof der Europäischen Union die gleiche Gewissheit bestünde. Der Senat ist nicht bereits deshalb zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs verpflichtet, weil einzelstaatliche Gerichte in Rechtssachen, die der beim Senat anhängigen ähneln und die gleiche Problematik betreffen, dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 1 – 3 AEUV vorgelegt haben (vgl. EuGH, Urteil vom 9.9.2015 – C-72/14, C-197/14, BeckRS 2015, 8... B., NVwZ-RR 2020, 436 Rn. 51). Ebenso wenig ist der Senat verpflichtet, die Antwort auf diese Frage abzuwarten und das bei ihm rechtshängige Verfahren analog § 148 ZPO auszusetzen (vgl. EuGH, Urteil vom 9.9.2015 – C-72/14, C-197/14, BeckRS 2015, 81095; BGH, NVwZ-RR 2020, 436 Rn. 51). Der Bundesgerichtshof hat dies jüngst mit Beschluss vom 14.6.2022 – VIII ZR 409/21, BeckRS 2022, 15514 für eine Vorlage zum Europäischen Gerichtshof (wiederum durch das Landgericht Ravensburg) zum Verhältnis zwischen Verbraucherkreditlinie und Kilometerleasingverträgen nochmals ausdrücklich bestätigt.

### 3

Eine Verpflichtung der Instanzgerichte, Verfahren aus dem Bereich der sogenannten Abgasthematik bis zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C100/21 auszusetzen, ist auch der Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs vom 1.7.2022, Nr. 104/2022, zur Sache VIa ZR 335/21 nicht zu entnehmen. Eine solche Verpflichtung besteht nach gefestigter Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofs als auch des Bundesgerichtshofs im Falle von Vorabentscheidungsersuchen anderer nationaler Gerichte gerade nicht (s. o.). Demzufolge hat der Senat auch keinen Anlass anzunehmen, dass der Bundesgerichtshof mit seiner Presseerklärung vom 1.7.2022 im Verfahren VIa ZR 335/21 hiervon abweichen und eine Wartepflicht der Instanzgerichte statuieren wollte. Der Senat versteht diese Pressemitteilung vielmehr dahin, dass der Bundesgerichtshof gelegentlich der Verhandlung am 21.11.2022 denjenigen Gerichten, die in Ausübung ihres richterlichen Ermessens ein Abwarten der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für tunlich erachtet haben, die sich aus einer bis dahin erwarteten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für die bundesdeutsche Ziviljustiz ergebenden Konsequenzen erläutern will (vgl. Senat, Beschluss vom 8.7.2022, 27 U 4021/21).

### 4

2. Ein Grund zur Aussetzung des Verfahrens gemäß § 148 ZPO (analog) liegt nicht vor. Die ausstehende Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C100/21 zu der Frage, ob Bestimmungen der RL 2007/46/EG Drittschutz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB vermitteln, ist für den anhängigen Rechtsstreit nicht vorgreiflich. Daran ändern auch die Schlussanträge des Generalanwalts Rantos vom 2.6.2022 in der Rechtssache C-100/21 nichts (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 18.7.2022 – 7 U 198/21, BeckRS 2022, 18482 Rn. 27), zumal nach Art. 252 Abs. 2 AEUV der Generalanwalt öffentlich in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu den Rechtssachen, in denen nach der Satzung des Europäischen Gerichtshofs seine Mitwirkung erforderlich ist, stellt und der Europäische Gerichtshof weder an diese Schlussanträge noch an ihre Begründung durch den Generalanwalt gebunden ist (vgl. EuGH, NJW 2020, 667 Rn. 49).

### 5

a. Zwar haben ausweislich der Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019, Rn. 75 ff., in der aufgrund des Vorabentscheidungsersuchens des Landgerichts Gera inzwischen aus dem Register des Europäischen Gerichtshofs gestrichenen Rechtssache C-663/19 die RL 2007/46/EG und die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 insofern drittschützende Wirkung zugunsten der Fahrzeugerwerber, als deren Interesse betroffen ist, „dass ein erworbenes Fahrzeug zur Nutzung im Straßenverkehr zugelassen wird und dass diese Nutzung nicht aufgrund mangelnder Übereinstimmung mit dem genehmigten Typ bzw. den für diesen Typ geltenden Rechtsvorschriften untersagt wird“. Der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, die unmittelbar anwendbar ist, misst aber selbst der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 2.6.2022 keine Wirkung zum Schutz der Interessen eines individuellen Erwerbers eines Kraftfahrzeugs, das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist, zu (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 11.7.2022 – 2 U 3838/21, BeckRS 2022, 16603 Rn. 17 unter Hinweis auf Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 2.6.2022 – C-100/21, ECLI:ECLI:EU:C:2022:420, Rn. 41). Selbst wenn man der Auffassung des Generalanwalts folgen sollte, dass die Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der RL 2007/46/EG dahingehend auszulegen seien, dass sie die Interessen eines individuellen Erwerbers eines Kraftfahrzeugs schützen, insbesondere

das Interesse, kein Fahrzeug zu erwerben, das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet ist (vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 2.6.2022 – C-100/21, ECLI:ECLI:EU:C:2022:420, Rn. 50), ändert dies nichts daran, dass die RL 2007/46/EG selbst mangels unmittelbarer Geltung (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV) als Schutzgesetz ausscheidet (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 11.7.2022 – 2 U 3838/21, BeckRS 2022, 16603 Rn. 18 ff.; Grüneberg/Sprau, BGB, 81. Auflage 2022, § 823 Rn. 57 m. w. N.).

## 6

b. Unabhängig von der Frage, ob die Vorschriften der RL 2007/46/EG bzw. die zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen §§ 6 und 27 EG-FGV auch dritt-schützend sind, ist die Rückabwicklung eines angeblich ungewollten Vertrags nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls nicht vom Schutzzweck des Typgenehmigungsrechts erfasst.

## 7

Neben weiteren Voraussetzungen kommt es für einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB nämlich darauf an, dass sich im konkreten Schaden die Gefahr verwirklicht hat, vor der die betreffende Norm schützen sollte (vgl. BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 73; OLG Schleswig, Beschluss vom 18.7.2022 – 7 U 198/21, BeckRS 2022, 18482 Rn. 29). Das – auch hier – geltend gemachte wirtschaftliche Selbstbestimmungsinteresse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt nicht im sachlichen Aufgabenbereich der Vorschriften des Typgenehmigungsrechts bzw. des deutschen Umsetzungsrechts (vgl. BGH, Urteil vom 24.3.2022 – III ZR 270/20, BeckRS 2022, 10055 Rn. 28; BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 75 f.; OLG Schleswig, Beschluss vom 18.7.2022 – 7 U 198/21, BeckRS 2022, 18482 Rn. 29). Daran haben auch die Schlussanträge des Generalanwalts vom 2.6.2022 in der Rechtssache C-100/21 nichts geändert. Die Schlussanträge haben nur solche Schäden im Blick, die dadurch entstehen, dass ein Fahrzeug nicht zugelassen oder nicht weiterveräußert werden kann (vgl. Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 2.6.2022 – C-100/21, ECLI:ECLI:EU:C:2022:420, Rn. 48). Schäden, die aus einer etwaig ungültigen und auch den Käufer schützenden Übereinstimmungsbescheinigung resultieren – z. B. Schäden aus einer verzögerten Fahrzeugzulassung oder einer konkret drohenden Betriebsuntersagung –, machen Kläger aber regelmäßig nicht geltend, wenn sie behaupten, einen vermeintlich ungewollten Vertrag rückgängig machen zu wollen (vgl. BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 74 ff.; OLG Schleswig, Beschluss vom 18.7.2022 – 7 U 198/21, BeckRS 2022, 18482 Rn. 29).

## 8

c. So liegt der Fall auch hier. Das Fahrzeug des Klägers ist zugelassen und die Betriebserlaubnis nicht wieder entzogen worden. Als verletztes Schutzgut macht der Kläger sein wirtschaftliches Selbstbestimmungsrecht und damit den Schutz des Käufers vor dem Abschluss eines ungewollten Vertrags geltend (vgl. S. 110 f. der Klage und S. 175 f. der Berufungsbegründung).

## 9

Der Bundesgerichtshof war berechtigt, die Frage, ob ein bestimmtes Interesse dem sachlichen Schutzbereich einer Norm unterfällt, selbst zu entscheiden. Denn die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs eines Schutzgesetzes obliegt den nationalen Gerichten (vgl. EuGH, NVwZ 2013, 565 Rn. 45 ff.; BGH, NVwZ 2022, 896 Rn. 11; Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 2.6.2022 – C-100/21, ECLI:ECLI:EU:C:2022:420, Rn. 55, 61). Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass bei Verfahren, in denen lediglich eine Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts geltend gemacht wird, sämtliche für den Fall relevanten europarechtlichen Fragestellungen geklärt sind (sog. „acte clair“, vgl. BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 74 ff.). Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, im Hinblick auf das Votum des Generalanwalts in der Rechtssache C-100/21 im vorliegenden Berufungsverfahren ein Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der vorgenannten Rechtssache abzuwarten (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 18.7.2022 – 7 U 198/21, BeckRS 2022, 18482 Rn. 39 m. w. N.). Der Senat schließt sich den überzeugenden Erwägungen des Bundesgerichtshofs an (vgl. BGH, Urteil vom 24.3.2022 – III ZR 270/20, BeckRS 2022, 10055 Rn. 29 m. w. N.). Die Berufungsbegründung und die Ausführungen in den Schriftsätzen des Klägers vom 4.7.2022 und vom 23.8.2022 geben keinen Anlass, davon abzuweichen.

## II.

## 10

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadensersatz wegen angeblicher Abgasmanipulationen.

**11**

Der Kläger erwarb am 3.3.2016 bei der ... in ... ein Neufahrzeug BMW 318D Touring, Fahrzeugidentifikationsnummer ..., 110 kW, Erstzulassungsdatum 3.3.2016, zum Kaufpreis von 38.700,00 € brutto. Die Beklagte ist Herstellerin des Fahrzeugs und des in ihm verbauten Dieselmotors vom Typ B47. Für den Fahrzeugtyp wurde eine Typgenehmigung mit der Schadstoffklasse Euro 6 erteilt.

**12**

Im Fahrzeug ist eine temperaturbedingte Steuerung der Abgasrückführung verbaut. Das Fahrzeug unterliegt keinem Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA).

**13**

Im Übrigen wird hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen auf das Ersturteil vom 11.4.2022 Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

**14**

Das Erstgericht hat die Klage abgewiesen.

**15**

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

**16**

Der Klagepartei stünden weder aus §§ 826, 831 BGB noch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu. Die Klagepartei habe keine schlüssigen Anhaltspunkte vorgetragen, welche das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form einer Prüfstanderkennung, eines Thermofensters oder eines Kaltaufheizens, welche vorsätzlich in Verkehr gebracht worden, um den Kunden sittenwidrig zu schädigen, möglich erscheinen lassen. Der klägerische Vortrag sowohl zum Vorliegen einer Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Motor als auch zu den eine Sittenwidrigkeit begründenden Umständen sei unsubstantiiert.

**17**

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger, der im Kern sein erstinstanzliches Begehren mit seiner Berufung weiterverfolgt.

**18**

In der Berufungsinstanz beantragt der Kläger unter Abänderung des am 11.4.2022 verkündeten Urteils des Landgerichts Augsburg (Bl. 415 d. A.)

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 33.280,30 nebst Zinsen aus Euro

33.280,30 hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit

29.04.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs BMW 318d, FIN: ... .

II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 7.990,22 Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs BMW 318d, FIN: ...

III. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag I genannten Fahrzeugs seit dem 29.04.2021 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.

**19**

Zur Begründung seines Rechtsmittels führt der Kläger im Wesentlichen aus, das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen. Hierzu habe der Kläger substantiiert vorgetragen. Auch beim Thermofenster handele es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Die Beklagte habe die verwendeten Abschaltvorrichtungen bei der Beantragung der Typgenehmigung nicht konkret gegenüber der zuständigen Behörde angegeben. Der klägerische Schaden liege bereits im ungewollten Vertragsschluss. Der Beklagten obliege eine sekundäre Darlegungslast, der sie nicht nachgekommen sei. §§ 6 Abs. 1, 27 EG-FGV stellten Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar.

**20**

Wegen des weiteren Berufungsvortrags des Klägers wird auf die Berufungsbegründung vom 13.6.2022 (Bl. 414 ff. d.A.) und seinen Schriftsatz vom 4.7.2022 (Bl. 634 ff. d. A.) sowie seine Stellungnahme vom 23.8.2022 (Bl. 660 ff. d. A.) Bezug genommen.

## **21**

Die Beklagte beantragt (Bl. 608 d. A.):

1. Die Berufung wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Berufungskläger.
3. Das Urteil ist vorläufig – gegebenenfalls gegen Sicherheitsleistung – vollstreckbar.

III.

## **22**

Das Urteil des Landgerichts Augsburg entspricht der Sach- und Rechtslage.

## **23**

Der Senat bleibt bei seiner im Hinweis vom 1.7.2022 ausführlich dargelegten Rechtsauffassung, auf die gemäß § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO Bezug genommen wird.

## **24**

Die Anträge des Klägers haben keinen Erfolg. Die fristgerechten Schriftsätze des Klägers vom 4.7.2022 und vom 23.8.2022 enthalten keine neuen Gesichtspunkte, die eine andere Entscheidung rechtfertigen könnten. Der Senat hat das Vorbringen des Klägers zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen (vgl. BVerfG, NJW 2021, 3525 Rn. 13; BayObLG, Beschluss vom 16.2.2022 – 101 Sch 60/21, BeckRS 2022, 2046 Rn. 50). Er hat die Angriffe der Berufung in vollem Umfang geprüft, aber die Beanstandungen sämtlich für nicht durchgreifend erachtet. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet den Senat dazu, den gesamten Vortrag einer Prozesspartei zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Er begründet aber keine Pflicht des Gerichts, bei der Würdigung des Sachverhalts und der Rechtslage der Auffassung eines Beteiligten zu folgen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.8.2013 – 2 BvR 2660/06, 2 BvR 487/07, BeckRS 2013, 55213 Rn. 67; BGH, Beschluss vom 20.1.2021 – III ZR 160/19, BeckRS 2021, 1265 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 12.1.2017 – III ZR 140/15, BeckRS 2017, 100836 Rn. 2). Soweit der Kläger der rechtlichen Einschätzung des Senats im Hinweisbeschluss vom 1.7.2022 mit rechtlichen Ausführungen entgegentreten ist (vgl. BGH, ZfBR 2022, 356 Rn. 7 ff.; BGH, NJW-RR 2021, 1507 Rn. 12 ff.; BGH, NJW 2020, 1740 Rn. 16), ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass es nicht erforderlich ist, alle Einzelpunkte des Parteivortrags in den Gründen einer Entscheidung auch ausdrücklich zu bescheiden (vgl. BVerfG, NJW 1997, 2310, 2312; BGH, Beschluss vom 20.9.2021 – IX ZR 46/19, BeckRS 2021, 31643 Rn. 1), deshalb lediglich ergänzend auszuführen wie folgt:

„Ein sittenwidriges Vorgehen der Beklagten kommt in Betracht, wenn deren verfassungsmäßig berufene Vertreter zumindest wussten, dass die Motoren des streitgegenständlichen Typs mit einer auf arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts abzielenden Prüfstanderkennungsoftware ausgestattet waren, und die von der Beklagten hergestellten Fahrzeuge in Kenntnis dieses Umstandes mit diesem Motor versahen und in den Verkehr brachten (vgl. Urteil des BGH vom 21.12.2021, VI ZR 875/20). Zwar kann bei Vorliegen weiterer Umstände auch die Funktionsweise einer Abschaltvorrichtung, wenn sie nicht prüfstandsbezogen ist, Rückschlüsse auf eine als sittenwidrig zu bewertende Täuschungsabsicht der Beklagten zulassen (vgl. BGH, Beschluss vom 29.9.2021, VII ZR 126/21). Umstände, die auf eine sittenwidrige Bewusstseinslage der Beklagten schließen ließen, werden vorliegend aber von der Klagepartei weder dargelegt noch sind diese ersichtlich.“

## **25**

1. Soweit der Kläger meint, er habe substantiiert zum Vorliegen einer Prüfstanderkennung vorgetragen, geht dies fehl.

## **26**

a. Wie bereits im Senatshinweis vom 1.7.2022 ausführlich dargelegt, genügt der Hinweis auf Diskrepanzen zwischen Stickoxidemissionen unter Prüfstandbedingungen, die nach damaliger Rechtslage (Euro-6-Norm mit Erstzulassungsdatum 3.3.2016) zur Erlangung der Typgenehmigung allein maßgeblich waren, und unter normalen Betriebsbedingungen auf der Straße nicht. Zu bedenken ist, dass Fahrzeuge der Abgasnorm Euro

4 oder 5 oder 6 im Neuen Europäischen Fahrzyklus noch ohne Realmessfahrt typgenehmigt wurden. Die erste Abgasnorm, bei der eine Realmessung vorgesehen ist, ist die Norm Euro 6d-TEMP, der das streitgegenständliche Fahrzeug aber nicht unterliegt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18 BeckRS 2019, 29587 Rn. 28 f.; LG Stuttgart, Urteil vom 22.6.2021 – 8 O 115/21, BeckRS 2021, 15833 Rn. 34). Die Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten nach NEFZ ist als Indiz für eine Abschaltvorrichtung, und noch dazu für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ungeeignet (vgl. Beschluss des BGH vom 15.9.2021, VII ZR 2/21).

## 27

Hierbei helfen auch die klägerischen Ausführungen zum Beschluss des III. Senats des BGH vom 25.11.2021, III ZR 202/20, nicht weiter. Wie bereits auf S. 15 des Senatshinweises vom 1.7.2022 ausgeführt, hatte der dortige Kläger – im Gegensatz zu hiesigem Verfahren – greifbare Anhaltspunkte vorgetragen, die den Verdacht begründeten, das Fahrzeug weise eine unzulässige Abschaltvorrichtung auf. Nach den bindenden tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte im vom BGH entschiedenen Fall nicht in Abrede gestellt, dass die Motorsteuerungssoftware erkennen könne, ob nur die Antriebsachse rotiert, der Lenkradeinschlag nicht mehr als 15 Grad beträgt und Radio sowie Multimedia-Einheit ausgeschaltet sind. Hingegen hat die Beklagte hier bereits erstinstanzlich erklärt, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug weder eine prüfstandbezogene noch eine anderweitige hypothetische unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut sei. Weder arbeite die Abgasrückführung lediglich im klägerseits behaupteten Temperaturfenster noch werde die Abgasrückführung unzulässig in anderen Betriebsituationen reduziert, weder nach Zeit, Geschwindigkeit, Laufleistung, Leistung, Lenkradstellung oder dem Betrieb von Nebenverbrauchern oder sonstigen wahllos vorgetragenen Parametern.

## 28

b. Soweit der Kläger erneut zu KBA-Rückrufen ausführt und erklärt, der Bundesgerichtshof billige einem unterbliebenen Rückruf keine Beweiswirkung zu, hilft auch dies nicht weiter. Der Kläger hat greifbare Anhaltspunkte für die Verwendung von unzulässigen Steuerungsstrategien im streitgegenständlichen Fahrzeug vorzutragen und die objektive Sittenwidrigkeit und den Schädigungsvorsatz substantiiert darzulegen. Ein solcher Vortrag fehlt (vgl. hierzu bereits S. 16 des Senatshinweises vom 1.7.2022).

## 29

c. Der erneute Verweis auf Beschlüsse und Verfügungen in anderen Verfahren hilft ebenfalls nicht weiter. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf S. 18 des Senatshinweises Bezug genommen.

## 30

d. Auch das klägerseits (erneut) angeführte Gutachten in einem Verfahren des OLG Frankfurt am Main genügt nicht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf S. 16 f. des Senatshinweises Bezug genommen.

## 31

Der auf S. 19 der Stellungnahme vom 23.8.2022 erhobene Vorwurf, den Sachverhalt unzureichend zur Kenntnis genommen zu haben, geht damit ins Leere.

## 32

e. Anders als die Berufung meint, ist der Vortrag des Klägers von der Beklagten auch wirksam bestritten. Die Last, sich auf die Behauptungen des Gegners zu erklären, setzt entsprechend schlüssige Behauptungen voraus (vgl. Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 19. Auflage 2022, § 138 Rn. 10; Zöller/Greger, ZPO, 34. Auflage 2022, § 138 Rn. 9). Sachvortrag ist schlüssig oder erheblich, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte (Gegen-)Recht zu begründen (vgl. Beschluss des BGH vom 26.3.2019, VI ZR 163/17). Da von vornherein un schlüssiger Vortrag gerade nicht den Schluss auf die geltend gemachte Rechtsfolge zulässt, muss er im Grunde nicht bestritten werden, um die Folge nach § 138 Abs. 3 ZPO auszuschließen (vgl. MüKoZPO/Fritsche, 6. Auflage 2020, ZPO § 138 Rn. 18). Ungeachtet dessen hat die Beklagte bereits in der Klageerwiderung dargelegt, das aus ihrer Sicht der Kläger unsubstantiiert ins Blaue hinein vorgetragen habe. Unter diesen Umständen kann nicht geschlossen werden, dass die Beklagte Vortrag des Klägers unstrittig stellen wollte.

## 33

2. Auch der klägerische Vortrag zum „Kaltstartheizen“ hilft nicht weiter. Wie bereits auf S. 9 ff. des Senatshinweises vom 1.7.2022 ausgeführt, handelt es sich bei der pauschalen Behauptung, im klägerischen Fahrzeug mit NOx-Speicherkatalysator sei diese Funktion verbaut, um eine pauschale Behauptung ins Blaue hinein. Selbst wenn man aber das Vorliegen der behaupteten Funktion „Kaltstartheizen“ als zutreffend unterstellen würde, bleibt festzuhalten, dass diese Funktion nach dem eigenen klägerischen Vorbringen keine Prüfstanderkennung darstellt. Nach Gesamtbetrachtung aller Umstände begründen die klägerischen Ausführungen kein verwerfliches Verhalten der Beklagten im Sinne des § 826 BGB. Es fehlt jedenfalls an der Darlegung der objektiven Sittenwidrigkeit und des Schädigungsvorsatzes.

#### **34**

a. Soweit der Kläger ausführt, die korrekte Kombination der Werte laute, dass die Außentemperatur zwischen 15° C und 35,5° C und die Motorkühlmitteltemperatur über 15° C liegen müsse, hilft auch dies nicht weiter. Wie bereits auf S. 11 f. des Senatshinweises ausgeführt, liegt bereits nach den eigenen klägerischen Ausführungen eine Abschaltvorrichtung, die „exakt“ auf die NEFZ-Prüfbedingungen abgestimmt ist, nicht vor.

#### **35**

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang erneut zur ergänzenden Stellungnahme des ... vom 9.12.2021 ausführt, hilft dies ebenfalls nicht weiter. Unabhängig von dem Umstand, dass sich ... auf Vermutungen stützt (vgl. S. 1, 4. Absatz dieser Stellungnahme: „Die Funktion Kaltstartheizen wird vermutlich tatsächlich von Bosch zur Verfügung gestellt.“), enthält diese Stellungnahme bereits keinen Hinweis auf eine prüfstanderkennende Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug. ... erklärte vielmehr, dass in BMW Fahrzeugen verwendete Parameter die Temperatur und der Umgebungsdruck seien. Die im Ergänzungsgutachten beschriebenen Parameter unterscheiden damit nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb (vgl. hierzu schon S. 12 des Senatshinweises).

#### **36**

b. Soweit der Kläger auf S. 4/5 seiner Stellungnahme vom 23.8.2022 ausführt, beim „Kaltstartheizen“ handele es sich nicht um eine in jedem Fall zulässige Funktion, hilft dies aus mehreren Gründen nicht weiter.

#### **37**

Zum einen trägt der Kläger in diesem Zusammenhang zur Aufheizstrategie eines von einem Rückruf betroffenen Fahrzeuges VW Touareg 3 Liter Diesel der Abgasnorm Euro 6 vor. Weshalb dieses Fahrzeug mit dem klägerischen, nicht von einem Rückruf betroffenen BMW-Fahrzeug vergleichbar sein soll, ist weder substantiiert dargetan noch ersichtlich.

#### **38**

Zum anderen reicht der Umstand, dass die Strategie des „Kaltstartheizens“ nach seinem Vortrag als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren ist, für die Begründung der objektiven Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB nicht aus. Der darin liegende Gesetzesverstoß wäre für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände (vgl. hierzu auch Beschluss des BGH vom 12.1.2022, VII ZR 424/21, Urteile des BGH vom 20.7.2021, VI ZR 1154/20, und vom 13.7.2021, VI ZR 128/20). Derartige weiteren Umstände hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klagepartei indes nach einer Gesamtwürdigung aller Gesichtspunkte nicht konkret dargetan (vgl. hierzu bereits S. 12 ff. des Senatshinweises vom 1.7.2022).

#### **39**

c. Insbesondere enthält das klägerische Vorbringen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Kenntnis der verfassungsmäßigen Vertreter der Beklagten von der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung.

#### **40**

Das klägerische Vorbringen, dass es sich bei der Verwendung der Software um eine „weitreichende Entscheidung“ der Beklagten mit „erheblichem Risiko“ für sie gehandelt habe, bleibt pauschal und genügt nicht.

#### **41**

Soweit der Kläger Zeugenbeweis anbietet, hilft dies ebenfalls nicht weiter. Bei den benannten Zeugen bleibt unklar, inwieweit sie Angaben zu einer möglichen strategischen Entscheidung des Vorstands der Beklagten zum hier streitgegenständlichen Fahrzeug mit B47-Motor geben können. Substantiiertes Vortrag hierzu fehlt. Der Beweisantritt des Klägers dient lediglich der Ausforschung von Tatsachen. Auf die zutreffenden Ausführungen auf S. 14 des Senatshinweises vom 1.7.2022 wird Bezug genommen.

#### **42**

Gleiches gilt für den Verweis auf die „Organisationsstruktur“ der Beklagten. Der Vortrag, dass es sich bei der Beklagten um ein nach DIN EN ISO 9001 zertifiziertes Unternehmen handele und die Organisation der Beklagten die Entscheidung zum Einbau der Abschaltvorrichtung ohne Kenntnis der leitenden Mitarbeiter unmöglich mache, bleibt vage und ohne konkreten Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug. Damit kommt der Kläger aber über eine pauschale Behauptung der Kenntnis von Vorstandsmitgliedern nicht hinaus.

#### **43**

3. Nachdem der Kläger bereits nicht substantiiert vorgetragen hat, gehen auch seine Ausführungen zur sekundären Darlegungslast der Beklagten ins Leere (vgl. hierzu bereits S. 20 des Senatshinweises). Entgegen der Auffassung des Klägers traf die Beklagte keine sekundäre Darlegungslast, der sie nicht nachgekommen wäre. Denn Anhaltspunkte zur Substantiierung des Vortrags, mit dem der darlegungsbelastete Kläger die Tatbestandsmerkmale der von ihm angezogenen Anspruchsgrundlage ausfüllen muss und die eine sekundäre Darlegungslast erst auslösen könnten, fehlen gerade (vgl. hierzu auch Beschluss des BGH vom 15.9.2021, VII ZR 2/21).

#### **44**

Vor diesem Hintergrund ist die Beklagte auch nicht nach § 142 ZPO zur Vorlage der Entscheidungs- und Ergebnisunterlagen zur Entscheidung der Verwendung von Abschaltvorrichtungen im Zusammenhang mit der Beantragung der Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug aufzufordern.

#### **45**

Das Gericht darf die Urkundenvorlegung nicht zum Zwecke bloßer Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags anordnen (vgl. BGH, NJW 2014, 3312 Rn. 29; OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021 – 7 U 36/21, BeckRS 2021, 37268 Rn. 61). Dieser liegt hier nicht vor.

#### **46**

Nach alledem erweist sich das Ersturteil als zutreffend.

#### **47**

Die Berufung des Klägers war gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

#### **IV.**

#### **48**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

#### **49**

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

#### **50**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde entsprechend § 3 ZPO, §§ 47, 48 GKG festgesetzt. Der gestellte Feststellungsantrag erhöht den Streitwert nicht. Im Übrigen erhöht sich der Streitwert nur insoweit, als die weiteren Anträge zur Hauptforderung verselbstständigt sind.