

**Titel:**

**Vertragliche Ansprüche, Deliktische Haftung, Sittenwidrigkeit, Schädigungsvorsatz, Abschaltanlage, Prüfstandbezogenheit, Thermofenster**

**Schlagworte:**

Vertragliche Ansprüche, Deliktische Haftung, Sittenwidrigkeit, Schädigungsvorsatz, Abschaltanlage, Prüfstandbezogenheit, Thermofenster

**Vorinstanz:**

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

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG München, Beschluss vom 22.09.2022 – 27 U 2851/22

BGH, Urteil vom 03.12.2025 – VIa ZR 1452/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 61894

**Tenor**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 11.04.2022, Az. 112 O 2445/21, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung ist auch nicht aus anderen Gründen geboten.

Das klageabweisende Ersturteil des Landgerichts Augsburg vom 11.4.2022 entspricht der Sach- und Rechtslage.

Die hiergegen von der Berufung erhobenen Rügen verfangen nicht. Entscheidungserhebliche Rechtsfehler im Sinne von § 520 Abs. 3 ZPO sind nicht ersichtlich und werden von der Berufung auch nicht aufgezeigt.

Zu den Berufungsangriffen des Klägers im Schriftsatz vom 13.6.2022 (Bl. 414ff. d. A.) ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken:

**Entscheidungsgründe**

**I. Vertragliche Ansprüche:**

**1**

Mangels vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien kommt allenfalls eine deliktische Haftung der Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb des Neufahrzeugs BMW 318D Touring, Fahrzeugidentifikationsnummer ..., ausgestattet mit einem Dieselmotor des Typs B47, 110 kW, Erstzulassungsdatum 3.3.2016, Schadstoffklasse Euro 6 am 3.3.2016 bei der ... in ... in Betracht.

**II. Deliktische Ansprüche:**

1. zu § 826 BGB:

**2**

Zutreffend hat das Landgericht Augsburg eine Haftung der Beklagten aus § 826 BGB verneint.

**3**

Auch der Senat vermag auf der Basis des gesamten klägerischen Vortrags in einer Zusammenschau aller Gesichtspunkte nicht darauf zu schließen, dass die Beklagte hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs in sittenwidriger Weise gehandelt hat. Nach Gesamtabwägung aller Umstände fehlt es vorliegend sowohl an der schlüssigen Darlegung der objektiven Sittenwidrigkeit als auch eines Schädigungsvorsatzes der Beklagten.

4

Die Klagepartei, die einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, trägt grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, das heißt sowohl für die Umstände, die die Schädigung und deren Sittenwidrigkeit in objektiver Hinsicht begründen, als auch für den zumindest bedingten Vorsatz des Schädigers hinsichtlich des Vorliegens dieser Umstände (vgl. Urteil des BGH vom 25.5.2020, VI ZR 252/19).

5

Hierbei ist das Kriterium der Prüfstandbezogenheit grundsätzlich geeignet, um zwischen nur unzulässigen Abschaltvorrichtungen und solchen, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, zu unterscheiden. Die Tatsache, dass eine Manipulationssoftware ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert eine arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden (vgl. Beschluss des BGH vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038 Rn. 18).

6

Zwar ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs bereits 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. Das Gericht muss nur 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 Anforderung erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweis erheblichen Streitfragen zu unterbreiten. Diese Grundsätze gelten insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den ihrer Behauptung zugrunde liegenden Vorgängen hat. Eine Partei darf auch von ihr nur vermutete Tatsachen als Behauptung in einen Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen hat. Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (ständige Rechtsprechung des BGH, so auch Urteile des BGH vom 18.5.2021, VI ZR 401/19, und vom 13.7.2021, VI ZR 128/20).

7

Nach Gesamtbetrachtung aller Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der klägerseits vorgetragenen/vorgelegten Gutachten/Stellungnahmen, Messergebnisse, Berichte, Bescheide/Mitteilungen des Kraftfahrtbundesamts (KBA) und Medienberichterstattungen sowie der von ihm benannten Zeugen zeigt der Kläger indes keinen Vortrag auf, aus dem sich – über die bloße pauschale Behauptung hinaus – greifbare Anhaltspunkte für die Verwendung einer solchen Steuerungsstrategie in dem streitgegenständlichen Fahrzeug ergeben könnten (vgl. BGH, NJW 2021, 3721 Rn. 27; BGH, NZV 2021, 525 Rn. 23). Nach Gesamtabwägung aller Gesichtspunkte hat die Klagepartei hier weder schlüssig dargetan, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer Abschaltvorrichtung ausgestattet ist, die an eine Prüfstanderkennung angeknüpft wäre bzw. an Bedingungen, die faktisch nahezu ausschließlich auf dem Prüfstand eintreten, noch Umstände substantiiert dargelegt, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen.

a. „Thermofenster“:

8

aa. Hinsichtlich der temperaturbedingten Abgasrückführung fehlt es auch unter Berücksichtigung des gesamten klägerischen Vortrags bereits an einer Darlegung der objektiven Sittenwidrigkeit.

9

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das 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 zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, so auch Urteile des BGH vom 30.7.2020, VI ZR 5/20, und vom 25.5.2020, VI ZR 252/19). Schon zur Feststellung der objektiven 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. 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 (ständige Rechtsprechung des BGH, so auch Urteil des BGH vom 13.7.2021, VI ZR 128/20, und Beschlüsse des BGH vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, und 19.1.2021, VI ZR 433/19).

#### 10

Nach diesen Grundsätzen reicht der Umstand, dass die Abgasrückführung im Fahrzeug des Klägers eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems enthält, nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben.

#### 11

Soweit der Kläger in seiner Berufungsbegründung pauschal behauptet, die Abgasrückführung funktioniere zu 100% bei Temperaturen zwischen 20° C und 30° C, während außerhalb dieses definierten Temperaturbereichs die Abgasrückführung reduziert und schließlich ganz abgeschaltet werde, handelt es sich um eine bloße Behauptung ins Blaue hinein. Eine exakte Prüfstanderkennung ist hierdurch nicht substantiiert dargetan.

#### 12

Dabei kann zugunsten des Klägers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass die temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist. Gleichwohl wäre der darin liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ist nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ausgestattet und in den Verkehr gebracht haben. Dies gilt auch dann, wenn mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt wird. Der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit ist nur gegeben, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (vgl. Beschluss des BGH vom 19.1.2021, VI ZR 433/19).

#### 13

Anders als eine Software zur Prüfstanderkennung zielt die temperaturgesteuerte Abgasrückführung auch nach klägerischem Vortrag darauf, dass die Abgasrückführung temperaturabhängig anbeziehungsweise abgeschaltet wird. Wenn diese temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb unterscheidet, sondern sich nach der Temperatur richtet, ist sie nicht offensichtlich auf eine „Überlistung“ der Prüfungssituation ausgelegt (vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9904 Rn. 30). Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht von vornherein durch Arglist geprägt (vgl. Beschlüsse des BGH vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, und vom 9.3.2021, VI ZR 889/20).

#### 14

Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass die handelnden bzw. verantwortlichen 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 (vgl. Urteil des BGH vom 13.7.2021, VI ZR 128/20, und Beschlüsse des BGH vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, und vom 9.3.2021, VI ZR 889/20).

#### 15

Bei einer die Abgasreinigung beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand und bei der Gesichtspunkte des Motor- bzw. des Bauteilschutzes – jedenfalls bis zur Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 – als

Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden konnten, kann bei Fehlen jedweder, konkreter Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen bei der Beklagten in dem Bewusstsein gehandelt haben, möglicherweise eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden.

#### 16

Angesichts der allgemein bekannten Informationen und der Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung war die Auslegung einer unbestimmten Norm, wonach diese eine zulässige Abschalteinrichtung darstellt, jedenfalls nicht unvertretbar. Ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes (vgl. zur Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmegesetzgebung des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der VO 2007/715/EG auch die Einschätzung der vom Bundesverkehrsministerium eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“, Stand April 2016, S. 126, zitiert nach OLG Stuttgart, NZV 2019, 579, 585, demnach ein Gesetzesverstoß durch die von den Autoherstellern eingesetzten Thermofenster jedenfalls nicht eindeutig vorliege) und möglicherweise auch einer gewissen Kostensensibilität (vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9904 Rn. 39) kann ohne weitere Anhaltspunkte nicht als besonders verwerfliches Verhalten angesehen werden (OLG Stuttgart, NZV 2019, 579, 585; OLG Koblenz, BeckRS 2020, 21725 Rn. 21) .

#### 17

Nach Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klagepartei indes derartige weiteren Umstände nicht konkret dargelegt. Insbesondere fehlt ein substantiierter Sachvortrag, dem für ein solches Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen sprechende Anhaltspunkte zu entnehmen wären.

#### 18

(1) Soweit der Kläger pauschal behauptet, die Beklagte habe den Einbau des „Thermofensters“ im Typgenehmigungsverfahren gegenüber dem KBA nicht offengelegt und das KBA aus eigenem Kosten- und Gewinninteresse bewusst und gewollt getäuscht, hilft dies nicht weiter.

#### 19

Hierbei handelt es sich um eine bloße unsubstantiierte Behauptung des Klägers. Dieser Vortrag nicht geeignet, das Bewusstsein der Beklagten über die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu begründen.

#### 20

Hierzu hat die Beklagte bereits erstinstanzlich erklärt, im streitgegenständlichen Fahrzeug sei weder eine prüfstandbezogene noch eine anderweitige hypothetische unzulässige Abschalteinrichtung – weder in Form eines unzulässigen Thermofensters noch auf andere Art und Weise – verbaut. Im Übrigen sei der Genehmigungsbehörde bei der Genehmigung die Notwendigkeit der Temperaturabhängigkeit bekannt gewesen.

#### 21

Auch der Kläger selbst hat auf S. 122 der Berufungsbegründung erklärt, dass von der Beklagten bei der Abgasrückführung als Parameter im Typgenehmigungsverfahren die „Temperatur“ angegeben worden sei und stützt damit die Angaben der Beklagtenseite, dass keine Verschleierung stattgefunden habe. Denn die temperaturbedingte Steuerung der Abgasrückführung wurde gerade offengelegt.

#### 22

Schließlich bleibt auch festzuhalten, dass, selbst wenn die Beklagte verwaltungsrechtlich weitere Angaben zum Abgasrückführungssystem hätte machen müssen, es zivilrechtlich nicht anginge, dies ohne weiteres mit konkreten Falschangaben gleichzusetzen (vgl. hierzu auch Hinweisbeschluss des OLG München vom 1.3.2021, 8 U 4122/20).

#### 23

Selbst wenn die Beklagte erforderliche Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug 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 einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, vermag der Senat nach einer Gesamtwürdigung nicht zu erkennen (vgl. hierzu Urteil des BGH vom 16.9.2021, VII ZR 286/20).

**24**

(2) Soweit der Kläger vorträgt, es liege eine Manipulation des On-Board-Diagnosesystems (OBDSsystem) vor, hilft auch dies nicht weiter.

**25**

Veranlassung des OBD-Systems für eine Messung von Schwellenwerten besteht nur im Fall des Ausfalls emissionsrelevanter Bauteile und Systemebereiche; hingegen ist es nicht Aufgabe des OBD-Systems, konstante Messungen der Schadstoffemissionen vorzunehmen, bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte Signale zu setzen bzw. zu speichern oder zwischen einer rechtlich zulässigen und einer rechtlich unzulässigen Abschalteinrichtung zu unterscheiden. Arbeitet eine Abschalteinrichtung – sei sie rechtlich zulässig oder unzulässig – mithin technisch so, wie sie programmiert ist, liegt eine Fehlfunktion nicht vor, so dass die Anzeige einer Fehlfunktion nicht veranlasst ist (vgl. Urteil des BGH vom 8.12.2021, VIII ZR 190/19). Vor diesem Hintergrund liegt bereits eine anzeigepflichtige Fehlfunktion bei Überschreitung der Emissionsgrenzwerte im realen Fahrbetrieb nicht vor. Durfte die Beklagte nämlich – wie hier – das Thermofenster zumindest vertretbar für eine zulässige Abschalteinrichtung halten, durfte sie auch das OBD-System so ausgestalten, dass es den Einsatz des Thermofensters nicht als Fehler anzeigt (vgl. hierzu Hinweisbeschluss des BGH vom 15.9.2021, VII ZR 2/21).

**26**

(3) Soweit er sich in diesem Zusammenhang auf die am 26.1.2017 veröffentlichten Leitlinien der Europäischen Kommission bezieht, hilft dies ebenfalls nicht weiter.

**27**

Leitlinien haben, wie der Name nahelegt, lediglich unverbindlichen Charakter. Der bloße Hinweis auf höhere Emissionen im Realbetrieb genügt nicht (s.u.).

**28**

Auch hilft diese Leitlinie inhaltlich nicht weiter, da sie lediglich in allgemeiner Form und ohne konkreten Bezug zum hier gegenständlichen Fahrzeug zu Abschalteinrichtungen ausführt. Hier wurde das Fahrzeug zudem bereits im Jahr 2016 erstzugelassen. Das Erstzulassungsdatum datiert damit zeitlich vor der Veröffentlichung dieser Leitlinie. Zum Zeitpunkt der Entwicklung des konkreten Fahrzeugs und im Typgenehmigungsverfahren konnte die Beklagtenseite damit schon keine Kenntnis von der erst später aufgestellten Leitlinie haben.

**29**

bb. Ebenso fehlt es an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz.

**30**

Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz enthält ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben (vgl. Urteil des BGH vom 25.5.2020, VI ZR 252/19). Der Vorsatz muss sich auch auf den Schaden erstrecken. Eine nur allgemeine Vorstellung über eine etwa mögliche Schädigung genügt nicht. Er muss die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen haben. Es reicht nicht aus, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen. In einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegeben (vgl. Urteil des BGH vom 25.5.2020, VI ZR 252/19).

**31**

Ein Schädigungsvorsatz der Beklagten bzw. ihrer verfassungsmäßigen Vertreter (§ 31 BGB) oder Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) lässt sich insbesondere entgegen dem klägerischen Vortrag nicht daraus ableiten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Strategieentscheidung mit einem temperaturbedingten Abgasrückführung ausgestattet ist. Allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung in Form der temperaturbedingten Abgasrückführung kann noch nicht auf einen Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer geschlossen werden.

**32**

Vorliegend hat der Kläger keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstands/des verfassungsmäßigen Vertreters der Beklagten von der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung

vorgetragen. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage – hinsichtlich der in den Fahrzeugen der Beklagten verbauten temperaturabhängigen Abgasrückführung fehlt es bis heute an einer behördlichen Stilllegung oder einem Zwang zu Umrüstmaßnahmen – ist auch nicht dargetan, dass sich den für die Beklagten tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung des Klägers hätte aufdrängen müssen (vgl. hierzu Urteil des BGH vom 16.9.2021, VII ZR 286/20).

b. „Kaltstartheizen“:

**33**

Soweit der Kläger zu einer Abschaltvorrichtung „Kaltstartheizen“ vorträgt, hilft dies aus mehreren Gründen nicht weiter.

**34**

aa. Soweit er pauschal behauptet, im klägerischen Fahrzeug mit NOx-Speicherkatalysator sei die Funktion „Kaltaufheizen“ verbaut, handelt es sich um eine pauschale Behauptung ins Blaue hinein.

**35**

Die Beklagte hat hierzu substantiiert vorgetragen, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug sowohl ein SCR-System als auch ein NOx-Speicherkatalysator zur Abgasnachbehandlung und Reduktion der NOx-Schadstoffe verbaut sei. Die Funktion des Kaltstartheizens gebe es erst ab Motoren der Beklagten der Abgasstufe EU6c. Im streitgegenständlichen Fahrzeug finde hingegen kein „Kaltstartheizen statt“.

**36**

Dem ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten.

**37**

Hierbei hilft auch die Stellungnahme des ..., ..., vom 16.6.2021 (Anlage K E 8) nicht weiter.

**38**

... hat nicht das streitgegenständliche Fahrzeug untersucht, sondern die Motorsteuerung eines BMW 320 D mit Erstzulassungsdatum 2018 analysiert. Zudem stützt sich sein Vortrag auf Vermutungen: „... Das Fahrzeug verfügt über einen NOx-Speicherkatalysator, der erst ab einer Temperatur von circa 250° C wirksam ist. Ohne Kaltstartheizen würde diese Temperatur im NEFZ vermutlich nicht oder erst sehr spät erreicht werden. ...“ (Hervorhebung durch den Senat).

**39**

Auch die ergänzende Stellungnahme des ... vom 9.12.2021 (Anlage K E 10) hilft nicht weiter.

**40**

Unabhängig von dem Umstand, dass sich ... auch hier auf Vermutungen stützt (vgl. S. 1 dieser Stellungnahme: „Die Funktion Kaltstartheizen wird vermutlich tatsächlich von Bosch zur Verfügung gestellt.“), enthält auch diese Stellungnahme keine konkreten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer prüfstanderkennenden Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug.

**41**

Eine Untersuchung des klägerischen Fahrzeugs ist nicht erfolgt.

**42**

Auch 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 genügt nicht (vgl. Urteil des BGH vom 13.7.2021, VI ZR 128/20). 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 unstreitigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ungeeignet (vgl. Beschluss des BGH vom 15.9.2021, VII ZR 2/21).

**43**

Damit fehlt bereits ein substantiierter Vortrag zum Vorliegen der Funktion „Kaltstartheizen“ im streitgegenständlichen Fahrzeug.

**44**

bb. 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 jedenfalls kein verwerfliches Verhalten der Beklagten im Sinne des § 826 BGB.

**45**

(1) Dem klägerischen Vortrag lassen sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Vergleichbarkeit dieser Funktion mit einer manipulativen Prüfstanderkennungssoftware, die ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, entnehmen.

**46**

Nach dem eigenen klägerischen Vortrag (S. 29f. der Berufungsbegründung) wird die Funktion „Kaltstartheizen“ gestartet, wenn kumulativ folgende drei Bedingungen bei Motorstart vorliegen:

1. Die Außentemperatur liege im Temperaturbereich zwischen 17 und 35,5° C UND
2. die Motor(Kühlmittel-)Temperatur liege unter 15° C UND
3. der gemessene Luftdruck liege unter einem Wert, der einer Höhe über Null von 900m entspreche.

**47**

Hierzu ist Folgendes festzustellen:

**48**

Die 3. Bedingung (Luftdruck) beschränkt sich nicht nur auf Prüfstandbedingungen, sondern ist jedenfalls in wesentlichen Teilen Deutschlands und auch in weiten Teilen Europas stets erfüllt.

**49**

Die 1. Bedingung beschreibt – entsprechend dem „Thermofenster“ – (lediglich) eine Temperaturabhängigkeit und ist nicht exakt prüfstanderkennend.

**50**

Zwar beschreibt auch die 2. Bedingung eine Temperaturabhängigkeit. Diese Behauptung lässt sich indes schon nicht den Stellungnahmen des ... entnehmen. Im Übrigen hat der Kläger selbst vorgetragen, dass beim NEFZ-Zyklus die Umgebungstemperatur zwischen 20° und 30° C liegt und das Fahrzeug bei dieser Temperatur mindestens 6 Stunden stehen gelassen wird, so dass sichergestellt ist, dass das Fahrzeug bei Motorstart im Zusammenhang mit einem NEFZ eine Außentemperatur und eine Motor-/Kühlmitteltemperatur von 20 – 30° C feststellt. Vor diesem Hintergrund kann diese 2. Bedingung im NEFZ-Zyklus bereits nach eigenem klägerischem Vortrag nicht vorliegen, so dass die Funktion „Kaltstartaufheizen“ im Prüfstand nicht gestartet wird.

**51**

Eine prüfstanderkennende Abschalteneinrichtung scheidet vor diesem Hintergrund aus.

**52**

Soweit der Kläger wiederum auf S. 37 der Berufungsbegründung von einem „Übertragungsfehler“ spricht und nunmehr (im selben Schriftsatz!) behauptet, die Motorkühlmitteltemperatur liege nicht unter, sondern über 15° C bleibt festzuhalten, dass auch weiterhin eine Prüfstanderkennungssoftware klägerseits nicht substantiiert dargetan wurde.

**53**

Angesichts der vom Kläger selbst vorgetragenen Temperaturen im NEFZ-Zyklus (s.o.) liegt eine Abschalteneinrichtung, die „exakt“ auf die NEFZ-Prüfbedingungen abgestimmt ist, nicht vor (vgl. hierzu auch Urteil des BGH vom 16.9.2021, VII ZR 286/20).

**54**

Auch die vorlegten Stellungnahmen des ... enthalten keinen Hinweis auf eine prüfstanderkennende Abschalteneinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug. ... erklärte vielmehr, dass in BMW-Fahrzeugen verwendete Parameter die Temperatur und der Umgebungsdruck seien. Die beschriebenen Parameter unterscheiden damit nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb.

**55**

(2) Ungeachtet dessen kann zugunsten des Klägers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass die von ihm behauptete temperatur- und atmosphärendruckabhängige Steuerung der Abgasrückführung in Form des „Kaltstartheizens“ als unzulässige Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist. Gleichwohl wäre der darin liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Wenn diese Steuerung der Abgasrückführung nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb unterscheidet, sondern sich nach der Temperatur und dem Atmosphärendruck richtet, ist sie nicht offensichtlich auf eine „Überlistung“ der Prüfungssituation ausgelegt. Das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ist nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperatur/atmosphärendruckabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ausgestattet und in den Verkehr gebracht haben. Dies gilt auch dann, wenn mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt wird. Der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit ist nur gegeben, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (vgl. hierzu Beschluss des BGH vom 19.1.2021, VI ZR 433/19).

#### 56

Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. Urteil des BGH vom 13.7.2021, VI ZR 128/20, und Beschlüsse des BGH vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, und vom 9.3.2021, VI ZR 889/20).

#### 57

Derartige weiteren Umstände hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klagepartei indes nach einer Gesamtwürdigung aller Gesichtspunkte nicht konkret dargetan. Insbesondere fehlt ein substantiierter Sachvortrag, dem für ein solches Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen sprechende Anhaltspunkte zu entnehmen wären.

#### 58

(a) Soweit der Kläger meint, es sei der Beklagten technisch möglich gewesen, eine dauerhafte Einhaltung der Grenzwerte auch ohne die beanstandeten Abschaltseinrichtungen einzuhalten, hilft dies nicht weiter. Der Vortrag ist schon nicht geeignet, das Bewusstsein der Beklagten über die Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu begründen. Es ist unerheblich, ob es zum Zeitpunkt der Entwicklung des Fahrzeugs andere technische Möglichkeiten gab, mit denen auch bei geringerer Reduzierung der Abgasrückstände das Risiko von Motorschäden vermieden und zugleich die weiteren Schadstoffgrenzen eingehalten werden konnten. Unabhängig davon, ob solche Möglichkeiten der Beklagten auch bekannt gewesen waren, kann es keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist (OLG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9904 Rn. 42).

#### 59

(b) Soweit der Kläger behauptet, diese Funktion sei den Zulassungsbehörden nicht offengelegt worden, hilft dies ebenfalls nicht weiter. Der Vortrag ist ebenfalls nicht geeignet, das Bewusstsein der Beklagten über die Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu begründen. 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 einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, vermag der Senat nach einer Gesamtwürdigung nicht zu erkennen (vgl. hierzu Urteil des BGH vom 16.9.2021, VII ZR 286/20). Ergänzend wird auf die Ausführungen unter II. 1. a. aa. (1) Bezug genommen.

#### 60

(c) Die schlichte Behauptung des Klägers, die an der Entwicklung der Abschaltseinrichtung „Kaltstartheizen“ beteiligten Mitarbeiter der Beklagten hätten auch im Bewusstsein gehandelt, dass es sich dabei um eine unzulässige Abschaltseinrichtung handele, erfolgte ohne greifbare Anhaltspunkte und damit ins Blaue hinein.

#### 61

Soweit der Kläger auf S. 45 seiner Berufungsbegründung behauptet, die von ihm benannten Zeugen hätten den Einsatz der Funktion des „Kaltstartheizens“ als unzulässige, verbotene Abschaltseinrichtung erkannt, stellt dies eine bloße Behauptung aufs Geratewohl dar. Denn auf S. 44 seiner Berufungsbegründung hat der Kläger erklärt, dass er keinen Einblick in die betriebsinternen Vorgänge der Beklagten habe und daher aus eigener Kenntnis weder vortragen könne, wer konkret die unzulässige Abschaltseinrichtung entwickelt habe noch welche Kenntnis diese Person(en) hierbei gehabt hätte(n).

**62**

(3) Ebenso fehlt es an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz.

**63**

Vorliegend hat der Kläger keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstands/des verfassungsmäßigen Vertreters der Beklagten von der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung vorgetragen. Nach Gesamtwürdigung aller Umstände ist nicht substantiiert dargetan, dass sich den für die Beklagten tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung des Klägers hätte aufdrängen müssen (vgl. hierzu Urteil des BGH vom 16.9.2021, VII ZR 286/20).

**64**

Nach Gesamtwürdigung der Umstände fehlt es bezüglich der behaupteten Strategie des „Kaltstartheizens“ jedenfalls an einer substantiierten Darlegung der objektiven Sittenwidrigkeit und auch des Schädigungsvorsatzes.

**65**

c. Zu weiteren vom Kläger behaupteten Abschaltseinrichtungen (fünf verschiedene zusammenwirkende Erkennungsmodi, „Hard Cycle Beating“ mit den Faktoren „Drehzahl“, „Leistung/Beschleunigung“, „Zeit“, „Geschwindigkeit“, „keine Nebenverbraucher“, „Lenkradstellung“ und „Prüfstandmodus“, Drehmoment, 14/15-V Funktion, Gesamtleistung des Fahrzeugs von 60.000 km, unzulässige SCR-Strategien):

**66**

Nach einer Gesamtbetrachtung aller Umstände hat der Kläger auch keine zureichenden Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über weitere unzulässige Abschaltseinrichtungen, insbesondere eine Prüfstanderkennungsoftware, verfügt. Unter Berücksichtigung der vorbeschriebenen Grundsätze enthält der klägerische Vortrag über die bloße pauschale Behauptung hinaus keine greifbaren Anhaltspunkte für die Verwendung solcher Steuerungsstrategien in dem streitgegenständlichen Fahrzeug; substantiierter Vortrag zur objektiven Sittenwidrigkeit und zum Schädigungsvorsatz fehlt.

**67**

aa. Wie dargelegt, genügt nicht der Hinweis auf Diskrepanzen zwischen Stickoxidemissionen unter Prüfstandbedingungen, die nach damaliger Rechtslage zur Erlangung der Typgenehmigung allein maßgeblich waren, und unter normalen Betriebsbedingungen auf der Straße (s.o.).

**68**

Selbst wenn man aber – entsprechend dem Beschluss des III. Senats des BGH vom 25.11.2021, III ZR 202/20 – vorgetragene Grenzwertüberschreitungen für den NOx-Ausstoß als ein Element im Rahmen der anzustellenden Gesamtbetrachtung ansehen würde, hilft dies im hier vorliegenden Fall nicht weiter.

**69**

Denn – im Gegensatz zu hiesigem Verfahren – hatte der dortige Kläger greifbare Anhaltspunkte vorgetragen, die den Verdacht begründeten, das Fahrzeug weise eine unzulässige Abschaltseinrichtung 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.

**70**

Hingegen hat die Beklagte hier bereits erstinstanzlich erklärt, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug weder eine prüfstandbezogene noch eine anderweitige hypothetische unzulässige Abschaltseinrichtung verbaut sei. Weder arbeite die Abgasrückführung lediglich im klägerseits behaupteten Temperaturfenster noch werde die Abgasrückführung unzulässig in anderen Betriebssituationen reduziert, weder nach Zeit

Geschwindigkeit, Laufleistung, Leistung, Lenkradstellung oder dem Betrieb von Nebenverbrauchern oder sonstigen wahllos vorgetragenen Parametern.

**71**

bb. In dem Rechtsgutachten des ... vom 19.11.2016 werden lediglich abstrakte Rechtsfragen behandelt, die nicht darauf schließen lassen, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine prüfstanderkennende Abschaltseinrichtung enthalten ist.

**72**

cc. Auch die klägerischen Ausführungen zu „von der Beklagten angebotenen/im amtlichen Rückruf angeordneten Softwareupdates“ stellen bloße pauschale Behauptungen dar und helfen nicht weiter.

**73**

Ein Rückruf des KBA bezogen auf das streitgegenständliche Fahrzeug liegt nicht vor (vgl. unstreitiger Tatbestand auf S. 2 des Ersturteils).

**74**

Zum klägerseits behaupteten „angebotenen/freiwilligen Softwareupdate“ bleibt schon unklar, wann welches Softwareupdate beim streitgegenständlichen Fahrzeug erfolgt sein soll. Hierzu hat auch die Beklagte erstinstanzlich ausgeführt, dass es für das streitgegenständliche Fahrzeug kein derartiges Update gebe.

**75**

Schließlich bleibt festzuhalten, dass sich auch aus einer etwaigen Durchführung einer freiwilligen Maßnahme weder Rückschlüsse auf das Vorliegen einer unzulässigen/prüfstanderkennenden Abschaltseinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug herleiten noch auf das Vorstellungsbild der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung – spätestens dem Eintritt des behaupteten Schadens in Form des Vertragsschlusses – ziehen lassen (vgl. Beschluss des BGH vom 19.1.2021, VI ZR 433/19).

**76**

dd. Soweit der Kläger 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.

**77**

ee. Soweit der Kläger meint, ein (Teil-)Gutachten in einem Verfahren des OLG Frankfurt am Main stütze seinen Vortrag, geht auch dies fehl.

**78**

Zum einen betraf das Gutachten das Fahrzeug BMW Typ 116d mit Erstzulassungsdatum 21.10.2010, 85 kW, Dieselmotor der Baureihe N47D20, Abgasnorm Euro 5. Weshalb dieses Fahrzeug mit hiesigem PKW mit anderem Motor und anderer Abgasnorm vergleichbar sein soll, ist weder schlüssig vorgetragen, noch ersichtlich.

**79**

Zum anderen erschöpft sich das Gutachten in bloßen theoretischen Ausführungen ohne konkrete Untersuchung des Fahrzeugs. So führte der Sachverständige auf S. 5 des Gutachtens aus: „... Wenn erhöhte Stickoxidkonzentrationen in den Abgasen speziell des klägerischen Fahrzeugs im normalen/realen Fahrbetrieb streitig sein sollten, müsste das klägerische Fahrzeug zunächst aufwendig untersucht werden...“

**80**

Die vom Landgericht aufgeworfenen Fragen und die hierauf erfolgte Stellungnahme des Gutachters ersetzen weiterhin nicht den erforderlichen substantiierten Vortrag zu den anspruchsbegründenden Tatsachen des § 826 BGB in hiesigem Verfahren. Dass irgendeine Abschaltseinrichtung in einem anderen Fahrzeug (ohne konkrete Untersuchung dieses Fahrzeugs) verbaut sein soll, reicht hierfür nicht. Ebenso können aus der pauschalen Äußerung des Gutachters „... Und ja, es gibt im laufenden Fahrbetrieb Eingriffe in die Emissionskontrollsysteme (und nicht nur beim Start) ...“ keine Rückschlüsse auf die Verwendung prüfstanderkennender Abschaltseinrichtungen in hiesigem Fahrzeug gezogen werden.

**81**

Soweit schließlich der Sachverständige zu Softwareupdates ausführt, stellt dies – entgegen dem klägerischen Vortrag – auch keinen deutlichen Hinweis auf eine nicht notwendige Abschalteinrichtung dar. Der Sachverständige führte hierzu lediglich aus: „...gibt es anscheinend für bestimmte Modelle mit dem Motor N47D20 ein Software-Update, welches zur Verbesserung der Stickoxidemissionen führen soll, was wiederum darauf hinweist, dass es prinzipiell technische Alternativen gab und gibt...“. Aus später (ab 2018) erfolgten Softwareupdates bei einigen – zudem namentlich nicht genannten – Fahrzeugmodellen lassen sich weder Rückschlüsse auf das Vorliegen einer prüfstanderkennenden Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug herleiten noch auf das Vorstellungsbild der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbestandverwirklichung.

**82**

ff. Auch die klägerischen Ausführungen zu einem Gutachter ... helfen nicht weiter.

**83**

Zum einen betraf das Gutachten einen BMW mit anderem Motorentyp, konkret einen BMW 320d mit Motortyp N47D20, Erstzulassung 27.9.2011, 120 kW, der Emissionsklasse Euro 5. Auch hier fehlen konkrete Ausführungen zur Vergleichbarkeit der Fahrzeuge.

**84**

Zum anderen stellen divergierende Messwerte keine greifbaren Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Abschalteinrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug dar (s.o.).

**85**

Schließlich hat, wie der Kläger selbst ausführt, ... lediglich vorgetragene Messwerte ausgewertet, ohne selbst Messungen vorzunehmen. Dieser hat zudem selbst vorgetragen, für ihn sei nicht erkennbar, welche Abschalteinrichtungen im Einzelnen verwendet würden.

**86**

Damit fehlt es an substantiiertem Vortrag zu einer prüfstanderkennenden Abschalteinrichtung.

**87**

gg. Auch der Verweis auf (Beweis-)Beschlüsse/Verfügungen in anderen Verfahren gegen die Beklagte hilft nicht weiter.

**88**

Zum einen fehlt schon jeglicher Vortrag zu Grundlage und Inhalt der Beweisbeschlüsse sowie zur Vergleichbarkeit der Fahrzeuge mit hiesigem Fahrzeug.

**89**

Zum anderen entbinden diese den Kläger nicht von ihrer Pflicht zum substantiierten Vortrag zu den anspruchsbegründenden Tatsachen des § 826 BGB in hiesigem Verfahren. Dieser fehlt.

**90**

hh. Soweit der Kläger behauptet, „die Beklagte habe in ihren Fahrzeugen insgesamt fünf verschiedene Erkennungsmodi eingerichtet, die alle zusammenspielen, um die Abschalteinrichtung zu aktivieren“, stellt dies eine pauschale Behauptung ins Blaue hinein dar. Ein beantragtes Sachverständigengutachten ersetzt hierbei nicht den substantiierten Parteivortrag. Es fehlen zureichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer prüfstanderkennenden Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug.

**91**

ii. Soweit er zu Abschalteinrichtungen „Hard Cycle Beating“ als „relativ plumpe Abschalteinrichtungen, die Faktoren erkennen, die im NEFZ Zyklus genormt sind bzw. nur zu bestimmten Werten vorkommen“ ausführt, stellen auch diese pauschalen Behauptungen bloße Behauptungen ins Blaue hinein dar. Soweit der Kläger behauptet, diese Abschalteinrichtungen betreffen die Faktoren „Drehzahl“, „Leistung/Beschleunigung“, „Zeit“, „Geschwindigkeit“, „keine Nebenverbraucher“, „Lenkradstellung“ und „Prüfstandmodus“ und meint, diese durch beantragte Sachverständigengutachten belegen zu können, geht dies fehl. Ein Sachverständigengutachten ersetzt nicht den substantiierten Parteivortrag.

**92**

jj. Auch die klägerische Behauptung, die Beklagte schalte die Abgasrückführung ab einer Gesamtlauflistung des Fahrzeugs von 60.000 km schlicht aus, da bei derartig alten Fahrzeugen i.d.R. keine NEFZ-Prüfungen mehr durchgeführt würden, stellt eine bloße Behauptung ins Blaue hinein dar und begründet keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer prüfstanderkennenden Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug.

**93**

kk. Gleiches gilt für die pauschalen klägerischen Behauptungen zu einer Funktion 14/15-V.

**94**

ll. Soweit der Kläger in seiner Berufungsbegründung zu unzulässigen SCR-Strategien ausführt, stellen auch diese Behauptungen willkürliche Behauptungen „ins Blaue hinein“ dar. Greifbare Anhaltspunkte für die Verwendung der von ihm behaupteten Steuerungsstrategien liegen nicht vor.

**95**

Zum einen genügt der Hinweis auf abweichende Messwerte auf dem Prüfstand und im Realbetrieb nicht (s.o.).

**96**

Zum anderen ersetzt das Beweisangebot „Sachverständigengutachten“ nicht den substantiierten Tatsachenvortrag.

**97**

Schließlich hat die Beklagte hierzu bereits erstinstanzlich substantiiert vorgetragen, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug neben dem SCR-System auch ein NOx-Speicherkatalysator verbaut sei. Reine SCR-Systeme kämen bei der Beklagten ab der Abgasstufe Euro 6 nicht zum Einsatz, so dass die Ausführungen im Zusammenhang mit einer vermeintlichen Untauglichkeit von reinen SCR-Systemen (Abgasreinigung über Harnstoffe) nichts mit der bei der Beklagten genutzten Technik im streitgegenständlichen Fahrzeug zu tun hätten. Nachdem hier zwei NOx-Nachbehandlungssysteme kombiniert würden, sei der Verbrauch an „AdBlue“ im Gegensatz zu Lösungen anderer Hersteller geringer. Die Dosierung des Additives hänge auch nicht von der Prüfstandsituation ab.

**98**

Vorliegend vermag der Senat auf Basis des gesamten klägerischen Vortrags, insbesondere der von dem Kläger in Bezug genommenen Messergebnisse, der fehlenden Sachkunde und des fehlenden Einblicks der Klagepartei in die Funktionsweise der Motorsteuerung, der von ihm vorgelegten Gutachten/Berichte/Stellungnahmen und der von ihm benannten Zeugen in einer Zusammenschau aller Gesichtspunkte nicht den Schluss zu ziehen, dass die Beklagte bei der Entscheidung zum Einbau des konkreten Motors in das Fahrzeug des Klägers in sittenwidriger Weise tätig wurde.

**99**

d. Vor diesem Hintergrund gehen auch die klägerischen Ausführungen zur sekundären Darlegungslast und zum Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs ins Leere.

**100**

Soweit der Kläger das Vorliegen prüfstanderkennender Abschalteinrichtungen behauptet, ist dieser Vortrag unbeachtlich, da er diesbezüglich willkürliche Behauptungen ins Blaue hinein aufgestellt hat. Ein Sachverständigengutachten sowie weitere Beweiserhebungen sind vor diesem Hintergrund nicht angezeigt (unzulässiger Ausforschungsantrag). Entgegen der Auffassung des Klägers traf die Beklagte auch insoweit 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. Der klägerische Vortrag erschöpft sich vielmehr in Spekulationen und Mutmaßungen (vgl. hierzu auch Beschluss des BGH vom 15.9.2021, VII ZR 2/21).

**101**

Im Übrigen fehlt es an der substantiierten Darlegung der objektiven Sittenwidrigkeit und des Schädigungsvorsatzes. Da der Kläger bereits seiner primären Darlegungslast nicht nachgekommen ist, greift auch nicht die sekundäre Darlegungslast der Beklagten.

**102**

2. zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB:

#### 103

Der Schadensersatzanspruch setzt haftungsbegründend voraus, dass sämtliche objektiven und subjektiven Merkmale des Betrugstatbestands i. S. v. § 263 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Hier fehlt es bereits an einer substantiierten Darlegung dieser Merkmale. Weder eine Täuschung noch ein entsprechender Vorsatz der Beklagten wurden vom Kläger substantiiert dargelegt.

#### 104

3. Schließlich scheitern Ansprüche des Klägers nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV, Art. 5, 3 f. VO (EG) Nr. 715/2007 bereits daran, dass die letztgenannten Bestimmungen keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen (ständige Rechtsprechung des BGH, so auch Urteile des BGH vom 30.7.2020, VI ZR 5/20, vom 24.3.2022, III ZR 270/20, vom 26.4.2022, VI ZR 435/20, sowie Beschluss des BGH vom 12.1.2022, VII ZR 438/21).

#### 105

Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union bedarf es insoweit nicht. Der Senat ist nicht bereits deshalb zur Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union 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 09.09.2015 – C-72/14, C-197/14, BeckRS 2015, 81095; BGH, NVwZ-RR 2020, 436 Rn. 51). Der Senat hat die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, insbesondere das Urteil des EuGH vom 17.12.2020 – C693/18, NJW 2021, 1216 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 derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt („acte clair“, vgl. BGH, Beschluss vom 04.08.2021 – 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 Europäischen Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht. Der Senat ist ferner davon überzeugt, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und für den Europäischen Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde.

#### 106

Auch mit Blick auf die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19.12.2019 in der beim Gerichtshof der Europäischen Union anhängigen Rechtssache Az. C-663/19 und die Schlussanträge des Generalanwalts am Europäischen Gerichtshof vom 23.09.2021 in den Rechtssachen EuGH Az. C-128/20, EuGH Az. C-134/20 und EuGH Az. C-145/20 besteht kein vernünftiger Zweifel, dass die durch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV umgesetzten Vorschriften der RL 2007/46/EG und die Vorschrift des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht den Schutz des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts und damit den Schutz des Käufers vor dem Abschluss eines ungewollten Vertrags bezwecken (vgl. BGH, Beschluss vom 14.02.2022 – VIa ZR 204/21, BeckRS 2022, 3564 m. w. N.). Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetz- und Ordnungsgeber mit § 6 Abs. 1 EG-FGV, § 27 Abs. 1 EG-FGV (auch) einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer bezweckte 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 (vgl. BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 545/21, BeckRS 2021, 34454 Rn. 3).

#### 107

Hinsichtlich der Schlussanträge des Generalanwalts vom 23.09.2021 und auch bezüglich der Schlussanträge des Generalanwalts vom 02.06.2022 ist ergänzend anzumerken, dass 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. Der Europäischen Gerichtshof ist weder an diese Schlussanträge noch an ihre Begründung durch den Generalanwalt gebunden (vgl. EuGH, NJW 2020, 667 Rn. 49), so dass kein Anlass besteht, im vorliegenden Berufungsverfahren ein Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der vorgenannten Rechtssache abzuwarten.

III.

**108**

Mangels eines Anspruchs in der Hauptsache stehen dem Kläger auch keine Ansprüche auf Verzugszinsen und Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten zu. Auch der Feststellungsantrag gehen ins Leere.

**109**

Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Zahlung von Deliktzinsen nach § 849 BGB zu. Einer Anwendung des § 849 BGB steht schon entgegen, dass er als Gegenleistung für die Hingabe des Kaufpreises ein in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbares Fahrzeug erhielt (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. hierzu Urteile des BGH vom 9.3.2021, VI ZR 13/20, und vom 30.7.2020, VI ZR 354/19 sowie VI ZR 397/19).

**110**

Die Berufungsangriffe gehen insgesamt ins Leere. Das Ersturteil hat Bestand.

**111**

Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt der Senat aus Kostengründen die Rücknahme des Rechtsmittels nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

**112**

Es besteht Gelegenheit zur Berufungsrücknahme sowie zur Stellungnahme zum Senatshinweis bis spätestens 10.8.2022.

**113**

Binnen gleicher Frist können beide Parteien zum Streitwert Stellung nehmen. Der Senat beabsichtigt, den Berufungsstreitwert auf bis zu 35.000,00 € festzusetzen.