



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VII ZR 2/21

vom

15. September 2021

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack, Dr. Brenneisen und Dr. C. Fischer

beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision des Klägers gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. November 2020 durch Beschluss gemäß § 552a ZPO auf seine Kosten zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 10.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

A.

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte hinsichtlich eines von ihm im August 2016 erworbenen und von der Beklagten hergestellten Neuwagens BMW X1 SDrive 18d in Anspruch. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs B47 D20 ausgestattet. Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 6 erteilt.

2            Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte habe ihn im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag für das Fahrzeug nicht abgeschlossen. Im Laufe des Rechtsstreits hat der Kläger das Fahrzeug veräußert und lässt sich den Erlös nebst einer Nutzungsentschädigung auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch anrechnen.

3            Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

#### B.

4            Die Revision ist durch Beschluss zurückzuweisen. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen ersichtlich nicht vor und die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a ZPO).

#### I.

5            Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, wie folgt begründet:

6            Eine unzulässige Abschaltvorrichtung, bei der die Beklagte die Typgenehmigung durch Täuschung der Zulassungsbehörden erlangt habe, habe der Kläger nicht substantiiert vorgetragen. Allein die Tatsache, dass die Emissionswerte im Realbetrieb die Grenzwerte überschritten, reiche dafür nicht, zumal der Kläger nicht einmal Messwerte vorgetragen habe, die sich wenigstens auf einen die gleiche technische Grundfiguration aufweisenden Motor wie den in seinem Fahrzeug bezogen hätten. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten seien nach Mitteilung des Kraftfahrt-Bundesamts (KBA) an dem im Fahrzeug des Klägers verbauten Motor B47 keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen festgestellt worden.

7            Hinsichtlich des unstreitig in die Motorsteuerungssoftware eingebauten Thermofensters könne offenbleiben, ob es eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstelle. Liege insoweit keine Täuschung der Zulassungsbehörde vor, sei wegen der Tatbestandswirkung der erteilten Genehmigung eine unzulässige Abschaltvorrichtung ausgeschlossen; mangels Täuschung drohe - anders als bei der "Schummelsoftware" - auch keine Betriebsuntersagung. Das Inverkehrbringen damit ausgestatteter Fahrzeuge stelle auch subjektiv keine sittenwidrige Handlung im Sinne des § 826 BGB dar, da die Auslegung, das Thermofenster als zulässige Abschaltvorrichtung anzusehen, jedenfalls beim Inverkehrbringen des Fahrzeugs und beim Kauf des Klägers nicht unvertretbar gewesen sei.

## II.

8            Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil die obergerichtliche Rechtsprechung zur Haftung wegen des Thermofensters nicht einhellig sei. Revisionszulassungsgründe stellen sich indes in diesem Zusammenhang nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung.

9            1. Hinsichtlich der vom Berufungsgericht abgelehnten Haftung der Beklagten gemäß § 826 BGB wegen des unstreitig im Fahrzeug des Klägers zum Einsatz kommenden Thermofensters ist ein Revisionsgrund nicht ersichtlich. Es fehlt sowohl an der objektiven Sittenwidrigkeit als auch am Schädigungsvorsatz.

10           a) 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 (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 11, WM 2021, 1609; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316; Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19 Rn. 24, VersR 2020, 1120; jeweils m.w.N.). 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 (BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 11, WM 2021, 1609; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316). 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, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 12, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 14, ZIP 2021, 297; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316).

11           Ob das Verhalten des Anspruchsgegners sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB ist, ist dabei eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Kontrolle des Revisionsgerichts unterliegt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 12, WM 2021, 1609; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 14, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 15, ZIP 2021, 297; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 14, BGHZ 225, 316; Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19 Rn. 25, VersR 2020, 1120).

- 12            b) Nach diesen Grundsätzen reicht der vom Berufungsgericht zugunsten des Klägers unterstellte Umstand, in seinem Fahrzeug sei eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters verbaut, nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein objektiv sittenwidriges Gepräge zu geben. Von der Revision insoweit nicht angegriffen nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, dass der darin liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet wäre, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 16, ZIP 2021, 297; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 26, VersR 2021, 661). So setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, ZIP 2021, 297; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 28, VersR 2021, 661).
- 13            c) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ein solches Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen verneint. Die Revision zeigt weder vom Berufungsgericht festgestellten noch von diesem übergangenen Sachvortrag des insoweit darlegungsbelasteten Klägers (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 14, WM 2021, 1609; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 29, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, ZIP 2021, 297) auf, dem hierfür sprechende Anhaltspunkte zu entnehmen wären.
- 14            aa) Soweit die Revision meint, der Kläger habe vorgetragen, der Temperaturbereich des Thermofensters sei "auf die Bedingungen auf dem Prüfstand ausgerichtet", zeigt sie entsprechendes substantiiertes Vorbringen des Klägers schon nicht auf. Ausweislich der Feststellungen des Berufungsgerichts ist nur

zugrunde zu legen, dass in dem bei der Prüfung üblichen Temperaturbereich von 20-30 Grad Celsius günstigere Abgaswerte erzeugt werden. Dies ist aber mit einer Manipulationssoftware, die den Prüfstand erkennt und sodann ausschließlich auf dem Prüfstand die Abgasreinigung aktiviert, nicht vergleichbar. Vielmehr arbeitet auch nach dem Vortrag des Klägers das Thermofenster auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise und schaltet auch außerhalb des genannten Temperaturbereichs die Abgasreinigung nicht völlig ab. Damit fehlt es an einer die arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden indizierenden Prüfstandserkennung.

15           bb) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers zu einer angeblichen fehlenden Offenlegung des Thermofensters gegenüber dem KBA nicht übergangen und so den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG). Es gibt ihn vielmehr ausdrücklich im Rahmen des streitigen Klägervorbringens wieder und sieht ihn zutreffend nicht als zugestanden an. Der Vortrag, der sich in der nicht unter Beweis gestellten Behauptung erschöpft, es sei davon auszugehen, dass die Beklagte das Thermofenster vor Erteilung der Typgenehmigung nicht gegenüber dem KBA offengelegt habe, ist ohne Rechtsfehler vom Berufungsgericht für unbeachtlich erachtet worden. Es stellt zu Recht fest, dass sich aus dem Vortrag des Klägers keine Anhaltspunkte für eine Täuschung des KBA ergäben. Das KBA als zuständige Behörde stuft Thermofenster nicht strikt als unzulässige Abschalt-einrichtungen ein und habe in dem auch im Fahrzeug des Klägers eingebauten Motortyp B47 keine unzulässigen Abschalt-einrichtungen festgestellt.

16           cc) Entgegen der Auffassung der Revision traf die Beklagte 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 Vortrag des Klägers erschöpft sich vielmehr in Spekulationen und Mutmaßungen.

- 17            dd) Aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen entgegen der Auffassung der Revision keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (vgl. OLG München, Beschluss vom 1. März 2021 - 8 U 4122/20, juris Rn. 63; OLG Nürnberg, Beschluss vom 27. Juli 2020 - 5 U 4765/19, BeckRS 2020, 17693 Rn. 17; Führ, NVwZ 2017, 265, 269; a.A. wohl OLG Schleswig, Urteil vom 28. August 2020 - 1 U 137/19, juris Rn. 62 ff.). Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 24, ZIP 2021, 297), vermag der Senat nicht zu erkennen.
- 18            ee) Soweit die Revision auf Vortrag zu einer angeblichen Manipulation des On-Board-Diagnose-Systems (OBD) Bezug nimmt, scheidet eine etwaige Gehörsrüge schon daran, dass der Kläger dazu in der Berufungsinstanz nicht vorgebracht hat. Wieso der Satz "Das Fahrzeug verfügt daher zumindest über eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 in Form eines Thermofensters.", der sich zudem nicht an der von der Revision zitierten Stelle befindet, erstinstanzlich gehaltenen Vortrag zur angeblichen Manipulation des OBD in Bezug nehmen und zum Gegenstand des Berufungsvortrags machen soll, erschließt sich nicht. Der Vortrag wäre im Übrigen auch ungeeignet, um Anhaltspunkte für eine manipulative Ausgestaltung des Thermofensters zu begründen. Durfte die Beklagte nämlich - wie hier - das Thermofenster zumindest

vertretbar für eine zulässige Abschaltvorrichtung halten, durfte sie auch das OBD so ausgestalten, dass es den Einsatz des Thermofensters nicht als Fehler anzeigt.

19 Weiteren Vortrag des Klägers, aus dem sich hinreichende Anhaltspunkte für eine Vergleichbarkeit der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems mit einer Prüfstandserkennungssoftware entnehmen ließen (zur Abgrenzung vgl. BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 27, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 18, ZIP 2021, 297), zeigt die Revision nicht auf.

20 d) Unabhängig davon, dass schon damit der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit des Verhaltens der für die Beklagte handelnden Personen nicht gegeben ist, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ein besonders verwerfliches Verhalten auch im Hinblick auf eine unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters ausgeschlossen.

21 Bei einer Abschaltvorrichtung, die - wie hier - im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, ZIP 2021, 297; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 28, VersR 2021, 661).

22 Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Rechtslage sei zweifelhaft und die Frage der Zulässigkeit eines Thermofensters umstritten, ist entgegen der Auffassung der Revision revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich mittlerweile auf Vorlage eines französischen

Gerichts mit der Frage der Auslegung der genannten Vorschrift befassen müssen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, NJW 2021, 1216). Zutreffend nimmt das Berufungsgericht die breit geführte Diskussion um die Zulässigkeit in den Blick. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt aber für die erforderliche Kenntnis der Tatumstände, die die Sittenwidrigkeit und die besondere Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten begründen, nicht.

23 e) Ebenso fehlt es an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt beziehungsweise vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15 Rn. 25, NJW 2017, 250 m.w.N.). Allein aus der hier zu unterstellenden objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage - hinsichtlich des unstrittig im Fahrzeug des Klägers verbauten Thermofensters fehlt es nicht nur bis heute an einem behördlichen Zwang zu Umrüstungsmaßnahmen, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat das KBA sogar keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen in dem Motortyp im Klägerfahrzeug festgestellt - liegt es fern anzunehmen, den für die Beklagte tätigen Personen hätte sich die Gefahr einer Schädigung des Klägers aufdrängen müssen.

24 2. Die Revision rügt ebenso zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die Anforderungen an die Darlegungslast hinsichtlich einer Manipulationssoftware, die den Prüfstandzyklus erkenne und in einen Modus mit hoher Abgasrückführung umschalte, überspannt und so den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG). Vielmehr hat das Berufungsgericht unter

Beachtung der höchstrichterlich abstrakt geklärten Substantiierungsanforderungen den Vortrag des Klägers in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise tatrichterlich dahin gewürdigt, dass dieser keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Existenz einer solchen Manipulationssoftware dargelegt habe. Eine Verletzung rechtlichen Gehörs ist nicht zu erkennen.

25 Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 11. März 2021 - VII ZR 196/18 Rn. 42, BauR 2021, 1183 = NZBau 2021, 316; Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZR 23/14 Rn. 8, 10, ZfBR 2017, 146; jeweils m.w.N.). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt dann vor, wenn das Gericht die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den Sachvortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 11. März 2021 - VII ZR 196/18 Rn. 42, BauR 2021, 1183 = NZBau 2021, 316; Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 26. Februar 2020 - VII ZR 166/19 Rn. 14, BauR 2020, 1035 = NZBau 2020, 293; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; jeweils m.w.N.).

26 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs 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 (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 11. März 2021 - VII ZR 196/18 Rn. 43, BauR 2021, 1183 = NZBau 2021, 316; Beschluss vom

4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 14, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZR 314/13 Rn. 22, BauR 2017, 306; jeweils m.w.N.). 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 Anforderungen 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 beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2012 - 1 BvR 1819/10, WM 2012, 492, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 20, WM 2021, 1609; Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19, MDR 2021, 871, juris Rn. 19; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 7, ZIP 2020, 486; jeweils m.w.N.).

27

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 (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 21, WM 2021, 1609; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 8, ZIP 2020, 486; Urteil vom 10. Januar 1995 - VI ZR 31/94, VersR 1995, 433, juris Rn. 17). Gemäß § 403 ZPO hat die Partei, die die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragen will, die zu begutachtenden Punkte zu bezeichnen. Dagegen verlangt das Gesetz nicht, dass der Beweisführer sich auch dazu äußert, welche Anhaltspunkte er für die Richtigkeit der in die Sachkenntnis des Sachverständigen gestellten Behauptung habe (BGH, Beschluss vom 14. Januar 2020 - VI ZR 97/19 Rn. 8, VersR 2020, 1069).

- 28            Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber auf Geratewohl gemacht, gleichsam "ins Blaue" aufgestellt, mit anderen Worten, aus der Luft gegriffen sind und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 22, WM 2021, 1609; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 8, ZIP 2020, 486; Urteil vom 20. Februar 2014 - VII ZR 26/12 Rn. 26, BauR 2014, 1023; Urteil vom 14. Januar 1993 - VII ZR 185/91, BGHZ 121, 210, juris Rn. 26). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten; in der Regel wird nur das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte sie rechtfertigen können (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 22, WM 2021, 1609; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 8, ZIP 2020, 486; Urteil vom 14. Januar 1993 - VII ZR 185/91, BGHZ 121, 210, juris Rn. 26).
- 29            Nach diesen Grundsätzen verfehlt der Vortrag des Klägers die Substantiierungsanforderungen. Dabei kann hier dahinstehen, ob der Kläger in der Berufungsbegründung überhaupt zu einer anderen Abschalteneinrichtung als dem Thermostatenfenster vorgetragen hat. Die schlichte Behauptung, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug, bei dem der Kläger erstinstanzlich noch umfangreich zur dort unstrittig nicht verwendeten AdBlue-Technik vorgetragen hatte und auch in der Berufungsbegründung noch behauptet hat, es sei ein Motor des Typs N47 eingebaut, sei eine solche Manipulationssoftware verbaut, genügt den Anforderungen offensichtlich nicht.
- 30            Die von der Revision weiter angeführten Umstände für die angebliche Existenz einer solchen Software erweisen sich ebenso wenig als valide Anhaltspunkte. Dem von der Revision in Bezug genommenen erstinstanzlichen Vortrag, die Messwerte im Realbetrieb überträfen die Grenzwerte um ein Mehrfaches, lässt sich schon kein konkreter Bezug zu dem hier streitgegenständlichen Fahrzeug entnehmen. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an. 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. Die Auskunft des KBA, unzulässige Abschaltvorrichtungen ließen sich bei dem Motortyp B47 nicht feststellen, schließt zwar die Möglichkeit einer solchen nicht aus, begründet aber auch kein Indiz dafür. Darauf, ob der Vortrag im Hinblick auf die Annahme eines Sachmangels nach kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht gemäß § 434 BGB als substantiiert zu erachten wäre (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 9 ff., ZIP 2020, 486), kommt es entgegen der Auffassung der Revision für die hier erforderliche Substantiierung der Voraussetzungen eines Anspruchs wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB nicht an, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

31                    3. Ein Zulassungsgrund ergibt sich nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf Grund einer sich ergebenden Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union (BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2015 - 1 BvR 137/13, NVwZ 2016, 378, juris Rn. 11; Beschluss vom 14. Januar 2021 -1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005, juris Rn. 8). Der Senat hat die Voraussetzungen einer unionsrechtlichen Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV in Bezug auf § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV und Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 geprüft. Diese liegen nicht vor. Der Senat schließt sich den überzeugenden Erwägungen des VI. Zivilsenats an (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 72 ff., BGHZ 225, 316; Urteil vom 30. Juli 2020 -VI ZR 5/20 Rn. 10 ff., ZIP 2020, 1715). Weder Vorabentscheidungsersuchen einzelner Landgerichte noch die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19. Dezember 2019 (sj.h(2019)8760684) geben Anlass, an der Annahme eines acte clair zu zweifeln.

32 Mit den tragenden Erwägungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung setzen sich die Landgerichte, die ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gerichtet haben, nicht auseinander (vgl. nur LG Ravensburg, Beschluss vom 9. März 2021 - 2 O 315/20 u.a., juris).

33 Die Kommission, die sich in ihrer Stellungnahme zu dem mittlerweile aus dem Register des Gerichtshofs der Europäischen Union gestrichenen Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Gera äußert, hält fest, dass offensichtlich nur die nationalen Gerichte in der Lage sind, die betreffenden EU-Vorschriften unter das Konzept einer drittschützenden Norm zu subsumieren (sj.h(2019)8760684, Rn. 67). Sie meint zwar im Ergebnis, die zwischenzeitlich zum 31. August 2020 außer Kraft getretene Richtlinie 2007/46 und die Verordnung (EG) 715/2007 bezweckten "den Schutz aller Käufer eines Fahrzeugs einschließlich des Endkunden vor Verstößen des Herstellers gegen seine Verpflichtung, neue Fahrzeuge in Übereinstimmung mit ihren genehmigten Typen beziehungsweise den für ihren Typ geltenden Rechtsvorschriften nach Anhang IV zur Richtlinie 2007/46 einschließlich, unter Anderem, der Verordnung (EG) 715/2007 sowie insbesondere ihres Artikels 5 in den Verkehr zu bringen" (sj.h(2019)8760684, Rn. 81). Dies besagt aber für die hier allein interessierende Frage, ob damit auch der Schutz des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts und damit der Schutz des Käufers vor dem Abschluss eines ungewollten Vertrages erfasst sein soll, nichts. Es sind auch im vorliegenden Verfahren keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetz- und Ordnungsgeber mit den genannten Vorschriften (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 (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 11, ZIP 2020, 1715).

III.

34 Die Revision hat auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass dem Kläger kein Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 10 ff., WM 2021, 1609).

Pamp

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

C. Fischer

**Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Zurücknahme der Revision erledigt. worden.**

Vorinstanzen:

LG Limburg, Entscheidung vom 03.12.2019 - 4 O 108/19 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 27.11.2020 - 10 U 3/20 -