OLG München, Endurteil v. 19.07.2021 – 21 U 4599/20

Titel:

Anforderungen an den schlüssigen Vortrag einer Prüfstandsbezogenheit – Audi Quattro 30 TDI

Normenkette:

BGB § 826

Leitsätze:

1. Eine "freiwillige Servicemaßnahme" des Motorenherstellers impliziert auch dann nicht den Einsatz einer unzulässigen Abschalteinrichtung, wenn behauptet wird, sie solle einem verbindlichen Rückruf nur zuvorkommen. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der bloße Umstand, dass das Fahrzeug aufgrund von bestimmten Parametern in der Lage ist, einen Prüfstandslauf zur (De-)Aktivierung von technischen Funktionen zu erkennen, genügt nicht zur Annahme einer – evident unzulässigen, von vornherein von Arglist geprägten – Abschalteinrichtung zur prüfstandsbezogenen Manipulation der NOx-Emissionen zur Erschleichung der Typengenehmigung. (Rn. 32) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die Überschreitung von Grenzwerten außerhalb des Prüfzyklus – also im realen Fahrbetrieb – indiziert nicht den Einsatz unzulässiger Abschalteinrichtungen. (Rn. 33 – 34) (redaktioneller Leitsatz)

4. Die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung eines "Thermofensters" ist – im Zeitpunkt ihres Einsatzes – so unsicher gewesen, dass hieraus nicht auf die positive Kenntnis der Unzulässigkeit geschlussfolgert werden kann. (Rn. 36 – 41) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel, Audi, EA 897, Lenkwinkelerkennung, EA 896 Gen2, Thermofenster

Vorinstanz:

LG Ingolstadt, Endurteil vom 10.07.2020 – 31 O 1783/19

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 14.02.2022 – VIa ZR 204/21

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 10.07.2020, Az. 31 O 1783/19, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 16.09.2020, abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

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

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Entscheidungsgründe

I.

1

Der Kläger macht gegen den beklagten Fahrzeughersteller Ansprüche auf Schadensersatz geltend, mit der Behauptung das Fahrzeug sei vom sog. „Abgasskandal“ betroffen.

2

Streitgegenständlich ist ein A. A. quattro 3.0 TDI mit einer Leistung von 180 kW. Die Klagepartei hat das Fahrzeug am 08.10.2012 mit einem Kilometerstand von 15.360 km zum Preis von 43.790 € erworben. Die Beklagte ist die Herstellerin des Fahrzeugs und des Motors. Zwischen den Parteien ist streitig, ob das

Fahrzeug über einen Motor EA 897 (so der Kläger) oder einen Motor EA 896 Gen2 (so die Beklagte) verfügt.

3
Für den Fahrzeugtyp wurde eine Typgenehmigung mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Die Abgasreinigung erfolgt im streitgegenständlichen Fahrzeug über die Abgasrückführung. Dabei wird ein Teil der Abgase wieder der Verbrennung im Motor zugeführt, was zu einer Verringerung der Stickoxidemissionen führt. Die Abgasrückführung wird innerhalb eines bestimmten Temperaturfensters reduziert („Thermofenster“). Das Fahrzeug verfügt nicht über einen SCR-Katalysator und verbraucht daher auch kein AdBlue. Es hat einen Mono-Turbo-Motor. Der Motorkennbuchstabe des Fahrzeugs ist …, die Typgenehmigungsnummer lautet … .

4
Für das Fahrzeug gibt es ein freiwilliges Software-Update mit dem Aktionskürzel … Ein Anhörungsverfahren wurde vom KBA durchgeführt.

5
Hinsichtlich des Sachverhalts im Einzelnen und des Vortrags der Parteien in erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 ZPO. Das Landgericht Ingolstadt hat der Klage mit Urteil vom 10.07.2020, berichtigt mit Beschluss vom 16.09.2020 stattgegeben mit der Begründung, es könne dahinstehen, ob das Fahrzeug von einem Rückruf betroffen sei. Es verfüge jedenfalls über den gleichen Motor wie die vom Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamts (im Folgenden KBA) vom 11.12.2019 betroffenen Fahrzeuge.

6
Gegen dieses Urteil richten sich die Berufungen beider Parteien.

7
Der Kläger ist der Auffassung, das Gericht habe eine zu hohe Nutzungsentschädigung abgezogen.

8
Im Übrigen sei das Urteil des Landgerichts aber zutreffend. Die Klagepartei habe ihrer Substantiierungslast insoweit Genüge getan, der Bundesgerichtshof habe mit Beschluss vom 28.01.2020, Az. VIII ZR 57/19, festgestellt, dass die Anforderungen an die Substantiierung nicht überspannt werden dürften. Vielmehr obliege der Beklagten eine sekundäre Darlegungslast.

9
Das Thermofenster stelle eine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Es sei im Typgenehmigungsverfahren von der Beklagten gegenüber dem KBA nicht offen gelegt worden. Der Kläger bestreitet mit Nichtwissen, dass die Beklagte das Thermofenster für zulässig gehalten habe. Es müsse etliche interne Sitzungen hinsichtlich der möglichen Unzulässigkeit des Thermofensters gegeben haben, weshalb auch der Vorstand der Beklagten nicht in Unkenntnis geblieben sein könne.

10
In einem Verfahren vor dem Landgericht Bielefeld sei der Sachverständige zu dem Schluss gekommen, dass in dem Fahrzeug eine Software implementiert worden sei, die den Prüfstand erkenne und einen den Stickstoffausstoß verringernden Betriebsmodus wähle.

11
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Klagepartei vom 13.10.2020 (Bl. 383 ff d.A.) und vom 17.02.2021 (Bl. 442 ff d.A.) Bezug genommen.

12
Die Klagepartei beantragt im Berufungsverfahren, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Ingolstadt, Az. 31 O 1783/19 vom 10.07.2020 die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere EUR 2.376,85 zzgl. Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.07.2019 zu zahlen.

13
Die Beklagte beantragt unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils vollständige Klageabweisung,

hilfsweise Zurückweisung an das Landgericht Ingolstadt.

14
Beide Parteien beantragen jeweils die Zurückweisung der Berufung der Gegenseite.

15
Die Beklagte meint, das Landgericht habe fehlerhaft einen Anspruch des Klägers bejaht. Das Fahrzeug sei nicht von einem Rückruf betroffen und das Urteil entspreche nicht dem klägerischen Vortrag. Das freiwillige Update habe der Kläger nicht aufspielen lassen und das Fahrzeug verfüge nicht über unzulässige Abschalteinrichtungen. Insbesondere sei das Thermofenster technisch notwendig und dessen Implementierung jedenfalls nicht sittenwidrig.

16
Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 14.10.2020 (Bl. 392 ff d.A.), 15.12.2020 (Bl. 427 ff d.A.) sowie vom 02.07.2021 (Bl. 477 d.A.) Bezug genommen.

17
Der Senat hat mit Verfügung vom 18.11.2020 (Bl. 425 d.A.) darauf hingewiesen, dass fraglich ist, ob der Vortrag der Klagepartei hinreichend Anlass für die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung gibt. Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die zitierten Entscheidungen und die Sitzungsniederschrift vom 19.07.2021 Bezug genommen.

II.

18
Die Berufungen sind zulässig. Auf die Berufung der Beklagten war das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage zurückzuweisen. Ein Anspruch der Klagepartei ist nicht substantiiert vorgetragen, worauf die damalige Vorsitzende bereits mit Verfügung vom 18.11.2020 (Bl. 425 f d.A.) hingewiesen hatte. Auch der seitdem erfolgte Vortrag der Klagepartei ist nicht geeignet, einen Anspruch der Klagepartei aus § 826 BGB zu begründen. Die pauschale Annahme des Landgerichts „das Fahrzeug sei betroffen“, ist so nicht haltbar.

19
Die Berufung des Klägers ist damit auch nicht begründet.

20
Nach allgemeinen Grundsätzen trägt derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. In bestimmten Fällen ist es aber Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substantiiert zu äußern. Dabei hängen die Anforderungen an die Substantiierungslast des Bestreitenden zunächst davon ab, wie substantiiert der darlegungspflichtige Gegner - hier die Klagepartei - vorgetragen hat. In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das einfache Bestreiten des Beklagten. Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substantiieren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist. Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rdnr. 35 ff. m.w.N., zitiert nach Juris).

21
Voraussetzung ist stets ein schlüssiger und erheblicher Sachvortrag der zunächst darlegungsund beweisbelasteten Klagepartei. Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist 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 gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat. 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. Weiter ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -nachbehandlung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann. Eine Behauptung ist aber dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten. Entscheidend ist damit, ob die Klagepartei ausreichend greifbare Anhaltspunkte zur Begründung ihres Vorwurfs, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug komme unzulässige Abschalttechnik zum Einsatz, vorbringt (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, Az.: VIII ZR 57/19, Rdnr. 7 ff. m.w.N., zitiert nach Juris). Abgesehen vom unstreitig vorhandenen Thermofenster (hierzu unten 3.) fehlt es hier - anders als das Landgericht meint - an substantiiertem Vortrag, worauf die Klagepartei mit Verfügung vom 18.11.2020 (Bl. 425 d.A.) rechtzeitig hingewiesen wurde. Im Einzelnen:

22
1. Das streitgegenständliche Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung betroffen. Dies ergibt sich so aus dem Tatbestand des Urteils des Landgerichts und den Entscheidungsgründen, dort S. 5 (“unstreitig, dass das KBA (…) keinen Bescheid erlassen hat“). Die weitere Feststellung im Urteil, dass der Rückruf „dennoch“ das klägerische Fahrzeug betrifft, wurde von der Beklagten auch mit einem Berichtigungsantrag gerügt und mit der Berufung angegriffen, aber vom Landgericht nicht berichtigt, weil die Feststellung keinen Tatbestandscharakter aufweise. Dass das Fahrzeug nicht von einem Bescheid erfasst ist, ergibt sich aus der vom Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten, über dessen Homepage allgemein zugänglichen Übersicht zu Rückrufen (Stand 28.06.2021, abrufbar unter https://www.kba.de/DE/Marktueberwachung/Abgasthematik/uebersicht2_p.pdf; jsessionid=5B4C D107CE47087351D09768351A746B.live21304? _blob=publicationFile& v=9), die der Senat als offenkundig im Sinne von § 291 ZPO bewertet.

23
a) Die sonstigen von der Klagepartei angeführten Rückrufe des Kraftfahrtbundesamtes gegenüber der Beklagten wegen von dieser hergestellter 3.0 Liter Diesel-Motoren ergeben keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug. Genauso wenig wie das Bestehen eines Rückrufes des Kraftfahrtbundesamts für ein konkretes Fahrzeug zwingende Voraussetzung für einen für § 826 BGB maßgeblichen Sachvortrag ist, ist das Bestehen von Rückrufen gegenüber einem bestimmten Automobilhersteller stets als hinreichend „greifbarer Anhaltspunkt“ im Sinne der vorstehend erläuterten Rechtsprechung zu sehen. Vielmehr ist auch hier immer auf den konkreten Einzelfall abzustellen.

24
Die Klagepartei beruft sich auf mehrere Rückrufe des KBA, hat aber nicht substantiiert dazu vorgetragen, inwieweit ihr Fahrzeug den von dem Rückruf erfassten Fahrzeugen wenigstens ähnlich ist im Sinne von greifbaren Anhaltspunkten für ihre Vermutung. Zudem besteht ein wesentlicher Unterschied des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu den von dem gelisteten Rückruf erfassten Modellen in der Leistungsstärke. Nach der Übersicht des Kraftfahrtbundesamts besteht zu Fahrzeugen nach der Schadstoffklasse Euro 5 der Beklagten überhaupt nur ein einziger Eintrag; alle anderen betreffen Fahrzeuge der wesentlich strengeren Schadstoffklasse Euro 6. Die zurückgerufenen Fahrzeuge der Schadstoffklasse Euro 5 verfügen über eine Leistung von 230 kW, das streitgegenständliche dagegen (nur) über eine Leistung von 180 kW. Hierin liegt ein maßgebliches Differenzierungsmerkmal, da mit steigender Leistung auch der Schadstoffausstoß steigt, was die Einhaltung der Grenzwerte erschwert. Außerdem hat die Beklagte unbestritten vorgetragen, dass die von dem Rückruf betroffenen Fahrzeuge - eben zur Erzielung der höheren Leistungsstärke - anders konstruiert sind, nämlich mit einem Bi-Turbo-Motor und nicht mit einem Mono-Turbo-Motor wie das streitgegenständliche Fahrzeug sowie mit einer durch die andersartige Konstruktion bedingten Aufheizstrategie. Dem ist der Kläger nicht entgegengetreten.

25

b) Das Fahrzeug ist auch nicht ausweislich der vorgetragenen Fahrzeugdaten mit den zurückgerufenen Fahrzeugen vergleichbar: Der Motorkennbuchstabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist … und erscheint nicht in der Übersicht des KBA. Die Typgenehmigungsnummer … erscheint zwar in ihren ersten Ziffern bei 2 Rückrufen, aber nicht mit der gleichen Erweiterung (hier: 02), vgl. die Systematik der Typgenehmigung in Anhang VII der RL 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (Rahmenrichtlinie). Aus Motorkennbuchstaben und Typgenehmigungsnummer ergibt sich mithin kein greifbarer Anhaltspunkt für eine Betroffenheit des Fahrzeugs.

26
c) Auch die - von die von der Beklagten bestrittene - Behauptung, in dem Fahrzeug sei ein Motor EA 897 verbaut, bildet keinen hinreichenden Anhaltspunkt.

27
Denn tatsächlich definiert sich der Typ eines Motors nicht nach der internen Bezeichnung des Automobilherstellers wie EA 189 oder EA 897 (wobei EA jeweils für Entwicklungsauftrag steht), sondern nach dem Motorkennbuchstaben. Dies ergibt sich zum einen aus den Fahrzeugpapieren (Teil I, dort unter D2). Zum anderen ergibt es sich aus den vom Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten, über dessen Homepage allgemein zugänglichen Übersichten zu Rückrufen (bereits vorstehend in Bezug genommen). Auch unter der dort veröffentlichten „Übersicht Motor EA 189“ findet sich jeweils eine genaue Bezeichnung des Motortyps anhand des Motorkennbuchstabens. Eine vergleichbare Zusammenfassung der von der Beklagten hergestellten und betroffenen Motorentypen nach der betriebsinternen Bezeichnung - EA 897 oder EA 896 Gen2 - findet sich indes nicht in der Übersicht des Kraftfahrtbundesamts zu Rückrufen in Bezug auf Motoren der Beklagten. Hinsichtlich der unter der betriebsinternen Bezeichnung EA 189 zusammengefassten Motortypen mag der Hinweis, dass ein Fahrzeug ebenfalls einen Motor „des Typs EA 189“ enthält, als greifbarer Anhaltspunkt für das Bestehen einer unzulässigen Abschalteinrichtung in Form einer „Umschaltlogik“ genügen, da aus der Übersicht des Kraftfahrtbundesamtes ersichtlich ist, dass eine große Vielzahl von Motoren mit unterschiedlichem Motorkennbuchstaben hierunter zu fassen sind. Dies gilt aber nicht für die von der Beklagten hergestellten Motoren, da sich aus der Übersicht des Kraftfahrtbundesamtes eine solche Zuordnung zu einer betriebsinternen Bezeichnung gerade nicht entnehmen lässt.

28
Maßgeblich bleibt damit der konkrete Motorkennbuchstabe (hier: …). Auch in dem vom BGH mit Beschluss vom 28.01.2020, Az.: VIII ZR 57/19, entschiedenen Sachverhalt hat die dortige Klagepartei auf den Motorkennbuchstaben des dort streitgegenständlichen Fahrzeugs abgestellt, nämlich „…“. Der BGH bewertete den Umstand, aus der Übersicht des Kraftfahrtbundesamtes ergebe sich, dass bereits mehrere Rückrufe erfolgt waren in Bezug auf Fahrzeuge mit dem Motor des Typs „…“, sowie den klägerischen Vortrag, das dort streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über einen Motor des Typs „…“ und die Staatsanwaltschaft Stuttgart habe hinsichtlich dieses Motorentyps im März 2017 ein Ermittlungsverfahren wegen Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung eingeleitet, als „greifbare Anhaltspunkte“ zur Begründung der Behauptung, das dort streitgegenständliche Fahrzeug sei mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, Az.: VIII ZR 57/19, Rdnr. 12, zitiert nach Juris).

29
d) Auch aus der Durchführung des Anhörungsverfahrens durch das Kraftfahrtbundesamt gegenüber der Beklagten ergeben sich keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer evident unzulässigen, von vornherein von Arglist geprägten Abschalteinrichtung. Denn es sind mittlerweile über eineinhalb Jahre seit der Übersendung des Anhörungsschreibens vergangen, ohne dass die Klagepartei ein Rückrufanschreiben erhalten hätte.

30
Der Einwand, eine „freiwillige Servicemaßnahme“ diene lediglich der Verhinderung eines verbindlichen Rückrufs und sei damit Indiz für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung, die eine Haftung nach § 826 BGB begründet, überzeugt ebenfalls nicht, vgl. S. 1 der Auskunft des KBA in einem

Parallelverfahren, in der es heißt, freiwillige Maßnahmen werden nur durchgeführt, wenn keine unzulässigen Abschalteinrichtungen festgestellt werden konnten (Anlage BB15).

31
2. Auch aus dem klägerischen Vortrag im Übrigen ergeben sich keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass das Fahrzeug über unzulässige, von vornherein von Arglist geprägten Abschalteinrichtungen verfügt.

32
a) Zum Vortrag einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i.S.v. § 826 BGB wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung mittels einer Lenkwinkelerkennung (insbesondere Schriftsatz vom 11.03.2020) im Rahmen eines „Warmlaufmodus“ gilt Folgendes: Der bloße Umstand, dass das Fahrzeug aufgrund von bestimmten Parametern in der Lage ist, einen Prüfstandslauf zur (De-)Aktivierung von technischen Funktionen zu erkennen, genügt nicht zur Annahme einer - evident unzulässigen, von vornherein von Arglist geprägten - Abschalteinrichtung zur prüfstandsbezogenen Manipulation der NOx-Emissionen zur Erschleichung der Typengenehmigung. Denn auch andere technische Einrichtungen wie das elektronische Stabilitätsprogramm oder die adaptive Fahrwerksregelung werden im Prüfstand nicht aktiviert zur Vermeidung von Messverfälschungen oder Sicherheitsrisiken. Zur Begründung einer Haftung nach § 826 BGB sind solche Einrichtungen nur dann geeignet, wenn damit Emissionen in grenzwertrelevanter Weise auf dem Prüfstand gezielt manipuliert werden. Dies ist hier nicht substantiiert vorgetragen. Die Berufung auf die in den USA geführten Verfahren und das von der Staatsanwaltschaft München II gegen Mitarbeiter der Beklagten eingeleitete Strafverfahren begründet ebenfalls keinen hinreichenden Anknüpfungspunkt dahingehend, dass gerade auch der im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Motor von einer unzulässigen Abschalteinrichtung betroffen ist. Denn - anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Sachverhalt - trägt die Klagepartei nicht vor, dass sich das Strafverfahren auf den Einsatz von Motoren des in seinem Wagen verbauten Typs bezieht. Sie nimmt nur allgemein Bezug. Der in dem Wagen der Klagepartei verbaute Motortyp kommt auch gerade nicht als einziger möglicher Gegenstand des Strafverfahrens in Betracht, da unstreitig mehrere Rückrufe wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen bei Motortypen der Schadstoffnorm 6 im Zusammenhang mit der Abgasnachbehandlung in der Form eines SCR-Katalysators bestehen.

33
b) Darüber hinaus beruft sich die Klagepartei darauf, Messungen hätten ergeben, dass die zulässigen Grenzwerte bei anderen Prüfungen als solchen im Rahmen des Prüfzyklus 1 (NEFZ) vielfach höhere Abgaswerte zeigen. Auch insoweit genügt der Vortrag indes nicht den Anforderungen als „greifbare Anhaltspunkte“ im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung.

34
Die bloße Überschreitung der Grenzwerte in anderen Messumgebungen als im Rahmen des Prüfzyklus 1 kann schon für sich - anders als die Klagepartei meint - kein hinreichender Anhaltspunkt sein. Denn die erforderlichen Messungen im Prüfzyklus 1 stellen auf eine genormte Situation ab, die zwangsläufig im Rahmen von Messungen im realen Straßenverkehr nicht vorliegen; es muss daher zu anderen Messwerten kommen. Gerade deshalb hat der europäische Gesetzgeber den früher geltenden Prüfzyklus durch einen neuen Test ersetzt, wonach Überprüfungen auch im Straßenbetrieb stattfinden (Erwägungsgründe 3, 7, 8, 9 der Verordnung (EU) 2016/646 der Kommission vom 20.04.2016, ABl. L vom 26.04.2016, 1 ff.). Gegebenenfalls könnte hierin gleichwohl ein Indiz liegen, wenn die Abweichungen besonders hoch sind - dabei ist aber zu berücksichtigen, dass jedenfalls allein schon aufgrund des Einsatzes von Thermofenstern deutliche Abweichungen verursacht werden (so auch in Bezug auf die von der Klagepartei auf S. 29 der Klage in Bezug genommenen Messungen zum A. A. im Bericht der „Untersuchungskommission V.“, S. 72). Dann ist ein Schluss aus besonders hohen Grenzwertüberschreitungen auf das Vorliegen von anderen Abschalteinrichtungen neben einem Thermofenster nicht gerechtfertigt.

35
Die Ausführungen zu den Ergebnissen einer Beweisaufnahme durch das Landgericht Bielefeld zu einem „A. Q. 3.0 TDI 180 kW Euro 5“ sind ohne Belang (Anlage BE04). Gegenstand des dortigen Verfahrens war ein A. Q., also ein anderes Modell mit anderer Form, Gewicht etc. Eine Vergleichbarkeit ist damit nicht vorgetragen. Zudem sind die Ausführungen in dem vorgelegten „Ergänzungsgutachten“ - unabhängig von der Vergleichbarkeit des untersuchten Fahrzeugs mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug - nicht geeignet als greifbarer Anhaltspunkt zum Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung vergleichbar der

Umschaltlogik beim Motor EA 189. Denn die dortigen Ausführungen bezogen sich auf Änderungen im Abgasverhalten allein in Abhängigkeit von der Außentemperatur. Eine Messreihe erfolgte bei 23°C und eine bei 15°C, weshalb bereits der Einsatz eines Thermofensters - wie es die Klagepartei in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug vorgetragen hat - die Messwerte mitbeeinflusst.

36
3. Die Argumentation mit der Berufung, die Beklagte hafte dem Grunde nach gem. §§ 826, 31 BGB wegen der Verwendung des Thermofensters, greift nicht durch.

37
Zugunsten der Klagepartei kann in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass es sich bei dem hier verbauten Thermofenster um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG handelt (vgl. zu Art. 5 der Verordnung 715/2007/EG nunmehr EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18). Denn allein mit der unterstellt europarechtlichen Unzulässigkeit des Thermofensters lässt sich eine Haftung nach § 826 BGB nicht begründen. Bei dem Thermofenster handelt es sich gerade nicht um eine - evident unzulässige, von vornherein durch Arglist geprägte - Abschalteinrichtung wie sie in Form der sogenannten „Umschaltlogik“ beim Motor EA 189 der V. AG zum Einsatz kam, weshalb die hierzu ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19) nicht ohne weiteres übertragbar ist. Anders als die „Umschaltlogik“ unterscheidet die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Sie weist keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise, ohne dass es sich bei den durch das Temperaturfenster gezogenen Rahmenbedingungen um eine solch eng definierte Ausnahmesituation handelt, dass diese tatsächlich nahezu ausschließlich auf dem Prüfstand eintreten kann (siehe BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19, Rdnr. 16 ff., und vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20, Rdnr. 27, zitiert nach Juris).

38
Unter diesen Umständen wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten aber nur gerechtfertigt, wenn zu dem - hier unterstellten - Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass die für die Beklagte handelnden 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. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen die Klagepartei als Anspruchsteller. Sie kann sich daher gerade nicht auf ein bloßes Bestreiten zurückziehen. Entscheidend ist das Vorstellungsbild der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung, also spätestens dem Eintritt des behaupteten Schadens in Form des Vertragsschlusses (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19, Rdnr. 19 ff., zitiert nach Juris).

39
Konkrete Anhaltspunkte, die dafür sprechen, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Kaufvertrags in Bezug auf das Thermofenster in dem Bewusstsein der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung handelte, hat die Klagepartei indes nicht dargetan und sind auch sonst nicht ersichtlich.

40
Vielmehr war die Gesetzeslage zum Thermofenster gerade nicht unzweifelhaft und eindeutig. Dies belegt die bekannte kontrovers geführte Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmevorschrift in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung 715/2007/EG. Denn noch im Jahr 2016 - also zu einem Zeitpunkt, in dem der V.konzern bereits massiv in der Kritik stand wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen - wurde in dem in Bezug genommenen Bericht der vom Bundesinnenministerium eingesetzten „Untersuchungskommission V.“, Stand April 2016, S. 18, 114 123, ausgeführt, dass die Berufung auf den Motorschutz auch im Hinblick auf das sog. „Ausrampen“ im Rahmen von Thermofenstern die Verwendung von Abschalteinrichtungen rechtfertigen kann, wenn von Seiten der Hersteller nachvollziehbar dargestellt

wird, dass ohne die Verwendung einer solchen Einrichtung dem Motor Schaden droht, sei dieser auch noch so gering. Die Interpretation der Beklagten und anderer Automobilhersteller zur Zulässigkeit von Thermofenstern unter dem Aspekt des Motorschutzes wurde damit von offizieller Seite gebilligt und war damit jedenfalls nicht unvertretbar. Nach der Entscheidung des europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-693/18 könnte dies eventuell neu zu beurteilen sein. Geklärt wäre damit indes allein die europarechtliche Auslegung des Art. 5 der VO EG 715/2007 und frühestens ab dem Zeitpunkt der Entscheidung am 17.12.2020 in die Zukunft.

41
Die Klagepartei hat pauschal behauptet, das Thermofenster sei in der konkreten Ausgestaltung dem Kraftfahrtbundesamt bei Beantragung der Typengenehmigung nicht offen gelegt worden. Dies bildet aber kein Indiz dafür, dass die für die Beklagte handelnden Personen im Bewusstsein der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung handelten. Ein solches Indiz ergibt sich auch nicht aus der Zertifizierung der Beklagten nach der ISO 9001. Denn nach der Behauptung der Beklagten handelte es sich gerade um eine zulässige Technologie, weshalb aus ihrer - jedenfalls vertretbaren - Sicht kein Anlass zur Offenlegung bestanden hätte. Anders wäre dies ggfls. zu beurteilen, wenn die Beklagte Angaben gemacht hätte, diese aber unzutreffend gewesen wären (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19, Rdnr. 19 ff., zitiert nach Juris). Dies ist aber nicht vorgetragen.

42
4. Schließlich bilden die von der Klagepartei vorgetragenen Aspekte auch in ihrer Gesamtschau keine hinreichenden Anhaltspunkte im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung.

43
Anders als die Klagepartei auf S. 27 der Klage meint, kann nicht allein aufgrund des Vortrags allgemein zur Entwicklung von Abschalteinrichtungen im V.konzern und zu - in Bezug auf den Hersteller, die Schadstoffnorm, den Motorkennbuchstaben, die Leistung, den Produktionszeitraum und die eingesetzte Technik zur Abgasreduktion - ganz unterschiedlichen Fahrzeugen von einem verdichteten Sachverhalt zur flächendeckenden Implementierung von unzulässigen Abschalteinrichtungen in allen Dieselfahrzeugen der Beklagten ausgegangen werden. Denn außer den vorstehenden Ausführungen ist zu berücksichtigen, dass seit Bekanntwerden des Abgasskandals nunmehr mehr als vier Jahre verstrichen sind und die Beklagte zuletzt unbestritten vorgetragen hat, dass sie dem KBA im Rahmen des Nationalen Forums Diesel im Jahr 2017 die Software-Bedatung für jede Motor-Getriebe-Kombination der VTDI EU5 Generation 2 Aggregate zur Verfügung gestellt habe, was lediglich zu dem freiwilligen Update, nicht aber zu einem Rückruf geführt habe.

44
5. Die maßgeblichen Rechtsfragen zur Haftung in der Folge des Dieselabgasskandals, insbesondere im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit und in Bezug auf die Verwendung von „Thermofenstern“ sind mittlerweile höchstrichterlich geklärt (u.a. BGH, Entscheidungen vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, 30.07.2020, Az.: VI ZR 5/20, vom 08.12.2020, Az.: VI ZR 244/20, vom 23.03.2021, Az.: VI ZR 1180/20 und vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19, vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20). Es ist Aufgabe der Instanzgerichte, diese Rechtsgrundsätze auf den jeweils vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Divergierende Ergebnisse aufgrund der Würdigung des jeweils vorgetragenen Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht begründen überdies indes keine Divergenz i.S. des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 522 Abs. 2 ZPO. Von einer Divergenz in diesem Sinne ist vielmehr nur dann auszugehen, wenn den Entscheidungen sich widersprechende abstrakte Rechtssätze zugrunde liegen (BGH, Beschluss vom 09.07.2007, Az.: II ZR 9506, Rdnr. 2, zitiert nach Juris). Die Zulassung der Revision war daher nicht veranlasst.

45
Nach alledem ist ein Anspruch der Klagepartei nicht schlüssig dargelegt. Die Berufung der Beklagten ist erfolgreich. Die Berufung der Klagepartei war zurückzuweisen. III.

46
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

47
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.