

**Titel:**

**Annahmeverzug, Fahrzeug, Streitwert, Beschaffenheit, Rechtsanwaltskosten, Rechtsverfolgungskosten, Haftung, Wirksamkeit, Klage, Software, Sicherheitsleistung, Beweisaufnahme, Anspruch, Zinsen, Zug um Zug, Kosten des Rechtsstreits, ins Blaue hinein**

**Schlagworte:**

Annahmeverzug, Fahrzeug, Streitwert, Beschaffenheit, Rechtsanwaltskosten, Rechtsverfolgungskosten, Haftung, Wirksamkeit, Klage, Software, Sicherheitsleistung, Beweisaufnahme, Anspruch, Zinsen, Zug um Zug, Kosten des Rechtsstreits, ins Blaue hinein

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Hinweisbeschluss vom 14.06.2022 – 36 U 141/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 55705

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert wird auf 13.118,05 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Klagepartei begeht Rückzahlung des Kaufpreises für ein angeblich mit unzulässigen Abschalteinrichtungen versehenes Fahrzeug nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs an die Beklagte.

**2**

Die Klagepartei erwarb am 07.09.2016 einen Audi A3 1.6 TDI Schadstoffklasse EURO 6 mit 81 kW von der A. AG in I. als Mitarbeiter zu einem Kaufpreis von EUR 19.111,33 brutto. Das Fahrzeug war ein Gebrauchtwagen und wies zum Kaufzeitpunkt einen Kilometerstand von 7.897 km auf. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor der Baureihe EA 288 ausgestattet, welchen die Beklagte entwickelt und hergestellt hat. Bei der Baureihe EA 288 handelt es sich um die Nachfolgebaureihe zu der vom sog., „Abgasskandal“ betroffenen Baureihe EA 189. Betreffend die Baureihe EA 288 gibt es - anders als betreffend die Baureihe EA 189 - keinen Bescheid des Kraftfahrtbundesamts bzw. einer anderen zuständigen Genehmigungsbehörde („KBA“), der das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung feststellt. Das Fahrzeug ist dementsprechend auch von keiner Maßnahme betroffen und unterliegt auch keinem Rückruf.

**3**

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 10.02.2021 forderte die Klagepartei die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 24.02.2021 zur deliktischen Rückabwicklung auf. Die Beklagte kam dem nicht nach. Das Fahrzeug wies am 08.10.2021, dem Tag der mündlichen Verhandlung, einen Kilometerstand von 107.507 km auf. In der Fahrzeugsoftware zur Motorsteuerung/Abgasnachbehandlung ist ein sog. Thermofenster implementiert.

**4**

Die Klagepartei behauptet im wesentlichen, das Fahrzeug sei vom sog. „Abgasskandal“ betroffen. Es sei mit einer illegalen Abschalteinrichtung versehen, um im Falle eines Abgastests die zulässigen Abgaswerte zu erreichen.

**5**

Auch das in der Baureihe EA 288 vorhandene sog. Thermofenster sei als unzulässige Abschalteinrichtung einzuordnen. Die Klagepartei habe darauf vertraut, dass das Fahrzeug den gesetzlichen Bestimmungen entspreche. Anhaltspunkte für das Vorliegen der unzulässigen Abschalteinrichtung bei den EA 288 - Motoren ergäben sich zudem aus Unterlagen der Beklagten zu den EA 288 - Motoren.

**6**

Die Klagepartei beantragt zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerschaft 13.118,05 EUR zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges Audi A3 Limousine mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ....
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme des in Klageantrag zu 1. genannten Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.957,55 € freizustellen.

**7**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen

**8**

Die Beklagte trägt im wesentlichen vor, dass der Motor des Fahrzeugs keine unzulässige Abschalteinrichtung enthalte. Der Vortrag der Klagepartei sei insoweit unsubstantiiert und ins Blaue hinein. Das KBA habe die EA 288 - Motoren untersucht und festgestellt, dass diese nicht die aus den EA 189 - Motoren bekannte Umschaltlogik enthielten. Es werde auf dem Prüfstand auch kein optimierter Modus angewendet. Auch das eingesetzte Thermofensters stelle keine unzulässige Abschalteinrichtung dar.

**9**

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Wegen der Einzelheiten der mündlichen Verhandlung wird auf das Sitzungsprotokoll verwiesen.

**Entscheidungsgründe**

A.

**10**

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

**11**

I. Die Klage ist zulässig

**12**

Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts folgt aus § 32 ZPO.

**13**

II. Die Klage ist aber unbegründet

**14**

Die Klagepartei hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen, auch nicht Zugum-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs und Anrechnung einer Nutzungsentschädigung.

**15**

Der Klagepartei stehen die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Die tatsächlichen Voraussetzungen einer mangels vertraglicher Beziehung zwischen den Parteien allein denkbaren deliktischen Haftung der Beklagten sind von der Klagepartei nicht schlüssig vorgetragen.

**16**

Aus diesem Grund befindet sich die Beklagte auch nicht mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug. Die Klagepartei hat deswegen auch keinen Anspruch auf Erstattung angefallener außergerichtlicher Anwaltskosten.

**17**

1. Ein Anspruch nach § 826 BGB besteht nicht.

**18**

Nach § 826 BGB ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt.

**19**

Die Klagepartei hat die Voraussetzungen des von ihr geltend gemachten Anspruchs nach § 826 BGB nicht schlüssig vorgetragen.

**20**

Sowohl der Vortrag der Klagepartei, das Fahrzeug sei mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet, als auch der Vortrag der Klagepartei, das Fahrzeug enthalte ein unzulässiges Thermofenster, begründen keine Ansprüche gegen die Beklagte, weil er als Vortrag „ins Blaue hinein“ anzusehen ist bzw. weil die Klagepartei den Vorsatz der Beklagten nicht dargelegt hat.

**21**

a) Die Klagepartei bringt vor, der Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs enthalte eine illegale Abschalteinrichtung.

**22**

Hierzu verweist die Klagepartei auf die Funktionsweise einer Software, die den Schadstoffausstoß gezielt manipuliere, in dem sie erkenne, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand oder im allgemeinen Straßenverkehr betrieben werde, und bei einer Fahrzeugnutzung auf einem Prüfstand den Schadstoffausstoß zur gezielten Veränderung des Prüfergebnisses durch Umschaltung auf einen hierfür programmierten Modus verringere. Die Klagepartei verkennt dabei, dass es auch begründet zulässige Zykluserkennungen und Abschalteinrichtungen geben kann.

**23**

Dieser Sachvortrag weist daher keine Substanz auf und ist willkürlich aus der Luft gegriffen. Er rechtfertigt daher nicht die Veranlassung einer Beweisaufnahme (vgl. dazu auch OLG Koblenz, Urt. v. 18.06.2019, Az. 3 U 416/19 m.w.N.).

**24**

Grundsätzlich ist bei der Annahme einer „ins Blaue hinein“ aufgestellten Behauptung Zurückhaltung geboten. Die Annahme eines willkürlichen Sachvortrags kommt nur im Ausnahmefall in Betracht. Es muss einer Partei möglich sein, im Zivilprozess Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genaue Kenntnis haben kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält.

**25**

Eine zivilprozessual unzulässige Ausforschung ist aber dann gegeben, wenn eine Partei ohne greifbaren Anhaltspunkt für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ Behauptungen aufstellt und jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte für diese Behauptung fehlen (vgl. etwa BGH NJW-RR 2003, 69, 70).

**26**

Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben, da jeglicher tatsächliche Anhaltspunkt für den Einsatz einer unzulässigen Manipulationssoftware, wie z.B. aus den EA 189 - Motoren bekannt, in dem EA 288 - Motor im Fahrzeug der Klagepartei fehlt.

**27**

aa) Die Klagepartei beschränkt sich mit Blick auf die Beschaffenheit der behaupteten Steuerungssoftware darauf die Unzulässigkeit zu behaupten. Hierin liegt kein hinreichender Sachvortrag.

**28**

Es kann auch nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass eine bestimmte illegale Manipulationssoftware vorhanden ist, weil die Vorgängergeneration über eine solche verfügt hat (vgl. dazu auch OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019, Az. 3 U 148/18). Es gibt keinen Erfahrungssatz, der einen Generalverdacht gegenüber sämtlichen Dieselmotoren eines Konzerns begründen kann. Dagegen spricht auch, dass das KBA eine Rückrufaktion für den streitgegenständlichen Motor nicht angeordnet hat.

**29**

bb) Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung bei den EA 288 - Motoren folgen auch nicht aus dem weiteren Vorbringen der Klagepartei.

**30**

Die von der Klagepartei angeführte und als Anlage K5 vorgelegte Entscheidungsvorlage der Beklagten vom 18.11. 2015 „Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA 288“ betrifft zwar das streitgegenständliche Fahrzeug mit der Schadstoffklasse Euro 6 mit NSK - Technologie.

**31**

Allerdings folgen daraus keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung. Es gehen aus der Entscheidungsvorlage bestimmte Zielwerte im NEFZ sowie in anderen Prüfzyklen sowie Applikationsanweisungen hervor. Eine unzulässige Abschalteinrichtung ist daraus aber nicht ersichtlich. Auch daraus, dass es dort auf Seite 4 unter „Applikationsanweisungen Diesel“ wie von der Klagepartei zitiert heißt: „NSK Bedatung, Aktivierung und Nutzung der Erkennung des Precon und NEFZ, um die Abgasnachbehandlungsevents (DeNOx-/DeSOx-Events) nur streckengesteuert zu platzieren. Im normalen Fahrbetrieb strecken- und beladungsgesteuerte Platzierung der Events. Beladungssteuerung als führende Größe“ folgt vorliegend nicht ohne weiteres das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung.

**32**

Vielmehr hat die Beklagte unbestritten im Schriftsatz vom 18.03.2021 detailliert ausgeführt, dass dies insoweit keinerlei Einfluß auf die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte hatte. Die in der Software des Motors EA 288 vor KW 22/16 hinterlegten Fahrkurven führten insoweit nicht zu einer Optimierung der NOx - Emissionen im Prüfstandbetrieb, wie beim EA 189.

**33**

Soweit die Klagepartei mit anderweitig ergangenen Urteilen dagegen argumentiert genügt dies nicht, zumal nicht bekannt ist ob diese überhaupt rechtskräftig wurden.

**34**

Soweit mit der Anlage K7 - VW-Präsentation zum EA 288 vom 02.10.2015 - argumentiert wird, ist zu sehen, dass darin zwar unstreitig eine Fahrkurvenerkennung beschrieben wird, gleichzeitig jedoch betont wird, dass in beiden Strategien keine unterschiedlichen Emissionen generiert werden. Insoweit entspricht dies also auch den Angaben in der sog. Applikationsrichtlinie. Gleches gilt für den Aussagegehalt der Anlage K8. Auch das Gutachten Heitz (Anlage K9) führt lediglich eine Zykluserkennung aus, ohne nähere Angaben zum Einfluß auf die Emissionen machen zu können.

**35**

Die Klagepartei übersieht beharrlich, dass eine Zykluserkennung / Umschaltlogik generell nicht unzulässig ist, soweit sie die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nicht unter Bedingungen verringert, die bei normalem Fahrzeugbetrieb zu erwarten sind. Substantiierte Ausführungen dazu erfolgen nicht, sondern nur der unzulässige Zirkelschluss, dass eine vorhandene Abschalteinrichtung eine Manipulation der Emissionswerte belege.

**36**

Konsequent geht die Klagepartei auf den mit Anlagen B2 und 15-17 belegten Vortrag der Beklagten, dass das KBA nach eingehender Überprüfung bestätigt habe, dass in den Motoren EA 288 keine unzulässige Abschalteinrichtung vorliege, im weiteren auch nicht überzeugend ein. Insoweit ist zu sehen, dass trotz Vorlage der Applikationsrichtlinie an das KBA dort bis heute keine unzulässige Abschalteinrichtung festgestellt bzw. ein entsprechender Rückrufbescheid erlassen worden wäre.

**37**

cc) Auch aus einer möglichen Überschreitung der Grenzwerte auf der Straße folgt ebenfalls nicht das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung.

**38**

Es ist gerichtsbekannt, dass Emissionswerte wie auch Kraftstoffverbrauch branchenweit im normalen Fahrbetrieb höher sind als im NEFZ-Prüfzyklus. Der NEFZ-Prüfzyklus soll insofern vor allem eine Vergleichbarkeit verschiedener Fahrzeugmodelle und Motoren gewährleisten. Dies war auch der Grund für die Einführung anderer, normalbetriebsähnlicherer Prüfzyklen wie RDE und WLTP. In diesem Zusammenhang ist ferner der Vortrag der Beklagten zu berücksichtigen, wonach hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs bzw. der streitgegenständlichen Motorenbaureihe kein Rückruf vorliege. Schließlich hat die Beklagte vorgetragen, dass der streitgegenständliche Fahrzeugtyp einschließlich des Motors nach Bekanntwerden des Abgasskandals beim KBA vorgestellt und untersucht worden sei und dass es gleichwohl zur Anordnung eines Rückrufs nicht gekommen sei. Auch dies hat die Klagepartei nicht substantiiert widerlegt.

**39**

Nach alledem liegen die strengen Anforderungen eines rechtmissbräuchlichen und damit unzureichenden Sachvortrags vor (vgl. dazu auch OLG Koblenz, Urt. v. 18.06.2019, Az.3 U 416/19 m.w.N.).

**40**

b) Auch der Vorwurf der Klagepartei, das Fahrzeug sei mit einem als unzulässige Abschalteinrichtung anzusehenden sog. Thermofenster ausgestattet, begründet keinen Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte.

**41**

Ob es sich bei dem konkreten Thermofenster des streitgegenständlichen Fahrzeugs um eine unzulässige Abschalteinrichtung handelt, kann im Ergebnis dahinstehen.

**42**

Selbst wenn das Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung sein sollte, geht damit keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung einher. Thermofenster sind allgemein anerkannte und von sämtlichen Herstellern eingesetzte technische Einrichtungen. Sie werden branchenweit bei allen Dieselmotoren eingesetzt. Ihr Zweck besteht darin, eine „Versottung“ zu verhindern. Sie dienen daher dem Motorschutz und können auch zulässig sein. Nicht jedes Thermofenster stellt zwingend eine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Von der Manipulationssoftware beim Motortyp EA 189 unterscheidet sich das von der Klagepartei behauptete Thermofenster zudem grundlegend. Beim Thermofenster handelt es sich anders als bei der Manipulationssoftware der EA 189 - Motoren nicht um eine Programmierung zum Erkennen des Betriebs des Fahrzeugs auf dem Prüfstand. Das Thermofenster arbeitet gleichermaßen im Straßenbetrieb und auf dem Prüfstand.

**43**

Zudem fehlt es in diesem Zusammenhang an einer Darlegung der subjektiven Haftungsvoraussetzungen.

**44**

Das bloße Vorhandensein einer (behaupteten) objektiv unzulässigen Abschalteinrichtung allein ist nicht geeignet, Ansprüche der Klagepartei aus § 826 BGB zu begründen. Ein Schädigungsvorsatz kann nur dann angenommen werden, wenn über die bloße Kenntnis von dem Einbau einer Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in den streitgegenständlichen Motor hinaus zugleich auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass dies von Seiten der Beklagten in dem Bewusstsein geschah, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstößen, und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde.

**45**

Es ist aber weder ersichtlich noch von der Klagepartei dargelegt, dass die Beklagte mit der Unzulässigkeit des eingesetzten Thermofensters gerechnet hätte. Ein Thermofenster kann durchaus zulässig sein. Bei der gegebenen Sachlage kann - anders als beim Einsatz einer versteckten Software - nicht ohne weiteres von einem vorsätzlichen Rechtsverstoß ausgegangen werden. Im vorliegenden Fall kann insofern bei Fehlen jedweder konkreter Anhaltspunkte ein Vorsatz der Beklagten nicht ohne weiteres unterstellt werden. Vielmehr kann dann eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe der Beklagten in Betracht gezogen werden. Eine Verkennung der Rechtslage begründet aber selbst im Falle eines fahrlässigen oder gar grob fahrlässigen Handelns keinen Schädigungsvorsatz.

**46**

Soweit behauptet wird, die Beklagte habe im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens wichtige Informationen vorenthalten oder unzutreffende Behauptungen u.a. zum Thermofenster gemacht, ist dies erkennbar eine Vermutung ins Blaue hinein. Erforderlich um hier zu einer sekundären Darlegungslast oder weiterer Aufklärungspflicht seitens des Gerichts kommen zu können wäre zumindest erforderlich gewesen, zu benennen, was genau gegenüber wem aufgrund welcher Verpflichtung aufzuklären gewesen wäre bzw. welche Informationen vorenthalten wurden.

**47**

2. Mangels Anspruchs in der Hauptsache liegt kein Annahmeverzug vor bzw. ist auch der Antrag der Klagepartei, ihr vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten zu erstatten unbegründet.

C.

**48**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

**49**

Die Klagepartei hat als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

**50**

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.