

**Titel:**

**Abschalteinrichtung, Sittenwidrigkeit, Unzulässigkeit, Vorläufige Vollstreckbarkeit, Sekundäre Darlegungslast, Gesetzesverstoß, Einholung eines Sachverständigengutachtens, Ausforschungsbeweis, Elektronischer Rechtsverkehr, Rechtsmißbrauch, Elektronisches Dokument, Zug-um-Zug, Beibringungsgrundsatz, Streitwert, Greifbare Anhaltspunkte, Klagepartei, Beweisangebote, Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten, Anderweitige Erledigung, OLG Stuttgart**

**Schlagworte:**

Anspruch, § 826 BGB, Darlegungs- und Beweislast, unzulässige Abschalteinrichtung, unzulässiges Thermofenster, Sittenwidrigkeit

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG München, Beschluss vom 07.04.2022 – 8 U 3994/21  
BGH Karlsruhe, Urteil vom 30.01.2024 – VIa ZR 623/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 65084

**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.

Beschluss

Der Streitwert wird auf ... € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten um die deliktische Haftung für ein von der Beklagten hergestelltes Fahrzeug, weil selbiges über diverse unzulässige Abschalteinrichtungen verfüge.

**2**

Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom ... den von der Beklagten hergestellten streitgegenständlichen Pkw ... kW, als Neuwagen mit einem Stand von ... km zum Kaufpreis von ... € brutto (Anlage K A1). In dem Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Motor der Baureihe ... in der Applikation ... verbaut und das Fahrzeug unterfällt der Abgasnorm Euro 6. Das Fahrzeug enthält einen SCR-Katalysator, der den Zusatzstoff „Adblue“ benötigt, und zudem einen sogenannten NOx-Speicherkatalysator.

**3**

Die Beklagte hat für diesen Pkw kein Softwareupdate angeboten. Der Kläger hat kein Schreiben von der Beklagten oder vom KBA erhalten, wonach der streitgegenständliche Pkw von einem verpflichtenden oder auch nur freiwilligen Rückruf betroffen ist.

**4**

Das Kraftfahrbundesamt teilte mit Pressemeldung vom ... unter der Überschrift „KBA-Untersuchung ...“ Folgendes mit (Anlage B1):

„Das ... (KBA) hat das Modell ... untersucht und eigene Messungen durchgeführt. Die Abgasemissionen auf dem Rollenprüfstand und auch auf der Straße sind unter normalen Betriebsbedingungen nicht zu beanstanden. Es konnten keine unzulässigen Abschalteinrichtungen festgestellt werden. Die von der

Deutschen Umwelthilfe ermittelten Ergebnisse mit erhöhten NOx-Emissionen sind auf nicht normale Betriebsbedingungen zurückzuführen. Daher besteht keine Veranlassung zur Einleitung von Maßnahmen.“

**5**

Diese Messungen und diese Pressemitteilung betrifft ein Fahrzeug, welches mit dem streitgegenständlichen Motor ... ausgestattet war.

**6**

Die Staatsanwaltschaft München I teilte am ... per Pressemitteilung (Anlage B 6) mit:

„(...) Die Staatsanwaltschaft München I hat seit Anfang ... gegen unbekannte Mitarbeiter der ... im Zusammenhang mit prüfstandbezogenen Abschalteinrichtungen in den Fahrzeugen der Modellreihen ... und ... ermittelt. (...) Die umfangreichen Ermittlungen, die in enger Zusammenarbeit mit dem Kraftfahrt-Bundesamt erfolgten und Ermittlungsmaßnahmen im europäischen Ausland umfassten, ergaben weder Nachweise dafür, dass bei den Modellreihen tatsächlich prüfstandbezogene Abschalteinrichtungen verbaut wären, noch, dass Mitarbeiter der ... vorsätzlich gehandelt hätten. Der Vorwurf des Betruges hat sich insoweit nicht bestätigt. (...)“

**7**

Mit amtlicher Auskunft vom ... bestätigte das KBA auf ein Auskunftersuchen des OLG München betreffend einen ... mit dem Motortyp ... Folgendes (Anlage B7):

„Hierzu kann ich Ihnen mitteilen, dass der oben genannte Fahrzeugtyp durch das Kraftfahrtbundesamt (KBA) überprüft wurde. Es wurden keine unzulässigen Abschalteinrichtungen festgestellt. Das Fahrzeug ist im Rahmen des Nationalen Forum Diesel Teil einer freiwilligen Servicemaßnahme der Firma .... Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen vom KBA angeordneten Rückruf, sondern um eine Maßnahme des Herstellers zur Verbesserung der Emissionen. Die Teilnahme an der Aktion ist freiwillig.“

**8**

Daneben hatte die Untersuchungskommission ... den Auftrag, auch bei noch nicht beanstandeten Diesel-Fahrzeugen der Beklagten zu überprüfen, ob eine unzulässige Abschalteinrichtung verwendet wird. Das streitgegenständliche Fahrzeugmodell war nicht Teil dieser Überprüfungen. Getestet wurde unter anderem ein ... und ein .... Hierzu stellte der Bericht der Kommission (Anlage KC3) auf Seite 28 fest: „Das Fahrzeug unterschreitet den Grenzwert von ... mg/km NOx im NEFZ-kalt-Test deutlich“ und auf Seite 30: „Das Fahrzeug erfüllt den Grenzwert im NEFZ-kalt-Test.“

**9**

Mit Anwaltsschriftsatz vom ... forderte der Kläger die Beklagte zur Rückabwicklung des Kaufvertrages sowie zum Ersatz des eingetretenen und zukünftigen Schadens auf. Die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach.

**10**

Der Kläger behauptet, in dem Motor seines Fahrzeugs sei eine Steuerungssoftware verbaut, aufgrund derer der Schadstoffausstoß auf dem Prüfstand von demjenigen im Realbetrieb stark abweiche. Die Software funktioniere im Kern genauso wie diejenige, welche im Zuge des ... Abgasskandals bekannt geworden sei. Sie beinhalte insbesondere auch ein sog. „Thermofenster“, welches die Abgasnachbehandlung in Abhängigkeit von der Außentemperatur kontrolliere. Diese Software stelle eine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Auch werde die Beimischung von AdBlue deutlich zu niedrig dosiert.

**11**

Zum Nachweis einer solchen Manipulation beruft sich der Kläger u.a. auf Untersuchungen verschiedener Institutionen wie des Vereins namens „Deutsche Umwelthilfe“ im realen Straßenverkehr. Die Ergebnisse seien jedenfalls übertragbar, da alle aktuellen Motoren der Beklagten lediglich verschiedene Ausbaustufen des im Grunde identischen Motors wären.

**12**

Die Beklagte habe die Manipulationen vorgenommen, um andere teurere technische Lösungen zur Einhaltung von Abgaswerten einzusparen und auch, um sich durch scheinbar niedrigere Abgaswerte einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ausländischen Konkurrenten zu verschaffen. Dies qualifiziere das Verhalten als sittenwidrig.

**13**

Der Kläger habe auf die Umweltfreundlichkeit sowie die sichere Betriebserlaubnis des streitgegenständlichen Fahrzeugs vertraut und nicht gewusst, dass in dem Motor eine unzulässige Abschaltvorrichtung eingespeist sei. Er sei davon ausgegangen, dass das Fahrzeug die Emissionswerte auch auf der Straße und nicht nur auf dem Prüfstand einhalten werde. Der Kläger hätte das Fahrzeug nicht erworben, wenn er von der Manipulation gewusst hätte. Infolge dieser Täuschung habe der Kläger einen nachteiligen Vertrag abgeschlossen, da das Fahrzeug mangelhaft sei, einen erhöhten Wertverlust aufweise und Gefahr laufe, die Zulassung zu verlieren.

**14**

Der Kläger ist der Meinung, er habe gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 826 BGB. Eine Haftung der Beklagten folge daneben aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV und § 831 BGB. Der Anspruch richte sich auf Rückzahlung des bezahlten Kaufpreises, Zug um Zug gegen Rückübergabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Es sei der volle Kaufpreis zu erstatten, Nutzungen müsse sich der Kläger nicht anrechnen lassen.

**15**

Der Kläger beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro ... nebst Zinsen aus Euro ... hieraus in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit ... zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übergabe und Herausgabe des PKW Typs ....
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro ... Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übergabe und Herausgabe des PKW Typs ....
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des im Antrag 1 genannten Fahrzeugs seit dem ... in Verzug befindet.
4. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro ... vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

**16**

Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

**17**

Die Beklagte behauptet, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei keine Manipulationssoftware eingespeist. Die von der Klagepartei zur Begründung angeführte Studie der DUH sei unter fehlerhaften Prüfungsbedingungen zustande gekommen und durch das KBA offiziell widerlegt worden. Im Hinblick auf den Einsatz eines Thermofensters sei der Beklagten kein Sittenwidrigkeitsvorwurf zu machen.

**18**

Das Gericht hat mit Terminsverfügung vom ... einen Hinweis zur Substantiiertheit des klägerischen Vorbringens erteilt (Bl. 195/196 d.A.).

**19**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze samt der Anlagen, sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom ... (Bl. 367/371 d.A.) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

**20**

Die zulässige Klage erweist sich als unbegründet.

**21**

1. Ein Anspruch des Klägers ergibt sich weder aus § 826 BGB noch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder § 831 BGB. Insofern ist der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast nicht ausreichend nachgekommen. Das Vorbringen stellt sich als nicht ausreichend substantiiert bzw. als Vortrag ins Blaue hinein dar.

## 22

A. Der klägerische Vortrag erschöpft sich in weiten Teilen in der Behauptung, das streitgegenständliche Fahrzeug sei von einer Abgasmanipulation betroffen, vergleichbar mit den Manipulationsvorwürfen, die gegen den ...-Konzern erhoben werden.

## 23

Das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung in dem Motor eines Herstellers ist aber kein Anhaltspunkt dafür, dass auch in Fahrzeugen anderer Hersteller – hier: ... – eine unzulässige Abschalteinrichtung enthalten ist (OLG Stuttgart Hinweisbeschluss v. 9.3.2020 – 16 a U 296/19, BeckRS 2020, 5654, beck-online).

## 24

B. Das Gericht ist dem Beweisangebot des Klägers, wonach ein Sachverständigengutachten zum Beweis der Tatsache erhoben werden soll, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung und insbesondere ein unzulässiges Thermofenster eingebaut sind, nicht nachgegangen. Das Gericht stuft das diesbezügliche Beweisangebot als einen Ausforschungsbeweis ein, der erst dazu dienen soll, die fehlende Substantiierung der Klage herzustellen. Die Klage ist zur Überzeugung des Gerichts vor dem Hintergrund des sog. Dieselskandals ins Blaue hinein erhoben worden.

## 25

Das Gericht schließt sich im Hinblick auf die Substantiierungsanforderungen an die Darlegung des Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung und eines unzulässigen Thermofensters in einem Dieselmotor insoweit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, SVR 2020), des OLG Stuttgart (Verfügung v. 24.03.2020 – 16 a U 75/19, BeckRS 2020, 565 Rn. 3-8) und des OLG München (Beschluss vom 21.03.2020, 21 U 6698/19) an.

## 26

1. Einer Partei darf demnach zwar nicht verwehrt werden, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Punkte zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann. Sie kann deshalb genötigt sein, eine von ihr nur vermutete Tatsache zu behaupten und unter Beweis zu stellen (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19 Rn. 8). Unzulässig wird ein solches prozessuales Vorgehen erst dort, wo 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 Zurückhaltung geboten, in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (BGH, Beschluss vom 16.04.2015 – IX ZR 195/14 –, juris Rn. 13). Ein Beweisantrag bezweckt einen – unzulässigen – Ausforschungsbeweis nur dann, wenn der Antragsteller durch die Beweisaufnahme beweis erhebliche Tatsachen erst erfahren will, um sie dann zur Grundlage eines neuen Parteivortrags machen zu können; um Ausforschung geht es dagegen beispielsweise dann nicht, wenn der Antragsteller die beweis erhebliche Tatsache selbst in das Wissen von Zeugen stellt. Eine Partei ist von Rechts wegen auch nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie eine genaue Kenntnis nicht haben kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Eine Behauptung ist nach § 138 Abs. 1 ZPO erst dann unbeachtlich, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass die Partei selbst nicht an ihre Richtigkeit glaubt, sie vielmehr „ins Blaue hinein“ aufgestellt hat (BGH, Urteil vom 30.01.1989 – II ZR 175/88 –, juris Rn. 15). Ein Tatsachenvortrag ist demzufolge erst dann nicht zu berücksichtigen, wenn er bewusst der Wahrheit zuwider oder ohne sachliche Grundlage, aufs Geratewohl, aufgestellt ist und sich deshalb als rechtsmissbräuchlich darstellt (BGH, Urteil vom 23.10.1986 – I ZR 97/84 –, juris Rn. 11).

## 27

Von dem Kläger kann somit auch nicht verlangt werden, dass er im Einzelnen darlegt, weshalb er von dem Vorhandensein einer oder mehrerer Abschalteinrichtungen ausgeht und wie diese konkret funktionieren. Vielmehr ist von ihm nur zu fordern, dass er greifbare Umstände anführt, auf die er den Verdacht begründet, sein Fahrzeug weise eine oder mehrere unzulässige Abschalteinrichtungen auf (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19 Rn. 10).

Deswegen sind greifbare Anhaltspunkte für die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht erst dann gegeben, wenn das KBA auch bezüglich Fahrzeugen des konkreten Fahrzeugtyps des Klägers eine Rückrufaktion angeordnet hat (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19 Rn. 13).

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze stellt sich der Vortrag des Klägers, das Fahrzeug weise einen deutlich zu hohen und der EU-Typengenehmigung nicht entsprechenden Stickoxidausstoß auf, was mit sehr großer Wahrscheinlichkeit auf eine unerlaubte Abschalteinrichtung zurückzuführen sei, und es sei eine Software installiert, die den Prüflaufstand erkenne und über eine entsprechende Programmierung der Motorsteuerung den Stickoxidausstoß reduziere, ebenso wie die Behauptung, es sei ein unzulässiges Thermofenster verbaut, als bloße Behauptung ins Blaue dar. Die vom Kläger vorgetragenen Indizien für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung auch im streitgegenständlichen Motor stellen keine ausreichenden tatsächliche Anhaltspunkte für diese Vermutung dar, während die Beklagte erhebliche Gegenindizien vorgetragen hat.

a) keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer illegalen Abschalteinrichtung aus dem Klägervortrag

- Allein aufgrund des Umstands, dass die im technischen Datenblatt veröffentlichten Grenzwerte im Normalbetrieb nicht erreicht werden, ist noch kein Rückschluss auf eine Prüfstanderkennungsoftware zu rechtfertigen (so etwa auch OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18, BeckRS 2019, 29587 Rn. 28 f.).

Die Tatsache, dass ein Fahrzeug im normalen Fahrbetrieb höhere Emissionen aufweist als im – für die Überprüfung der Einhaltung der Werte der Euro 6 Norm maßgeblichen – NEFZ, ist allgemein bekannt. Die für die Einhaltung der Euro 6 – Norm relevanten, im sog. NEFZ-Verfahren gemessenen Werte entsprechen grundsätzlich auch ohne unzulässige Beeinflussung des Messverfahrens nicht den im Rahmen des tatsächlichen Gebrauchs des Fahrzeugs anfallenden Emissionswerten (so auch OLG München, Endurteil vom 05.09.2019 – 14 U 416/19, BeckRS 2019, 26072 Rn. 168). Es ist allgemein bekannt, dass der Straßenbetrieb mit der Prüfstandsituation nicht vergleichbar ist. Dies gilt sowohl hinsichtlich der angegebenen Kraftstoffverbräuche als auch der Grenzwerte für Emissionen. Auf dem Prüfstand wird eine bestimmte „ideale“, nicht der Praxis entsprechende Situation vorgegeben, etwa hinsichtlich der Umgebungstemperatur, der Kraftentfaltung (Beschleunigung und Geschwindigkeit), Abschaltung der Klimaanlage usw., sodass der erzielte Wert zwar zu einer relativen Vergleichbarkeit unter den verschiedenen Fahrzeugfabrikaten und -modellen führen mag, absolut genommen aber jeweils nicht mit dem Straßenbetrieb übereinstimmt. Im Straßenbetrieb liegen sowohl der Kraftstoffverbrauch als auch der Schadstoffausstoß erheblich höher, wie schon seit Jahren aufgrund entsprechender Tests etwa von Automobilclubs und der dadurch ausgelösten öffentlichen Diskussion öffentlich bekannt ist. Gerade deshalb hat der europäische Gesetzgeber auf Druck der Umweltverbände und Umweltparteien zwischenzeitlich den früher geltenden gesetzlichen Prüfzyklus NEFZ durch einen geänderten Zyklus ersetzt (OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 – 7 U 367/18, BeckRS 2019, 29587 Rn. 28 f.).

Das klägerische Vorbringen in Bezug auf von Dritten vorgenommenen Messungen, insbesondere im Hinblick auf die als Anlage KC2 vorgelegten Messungen der „Deutschen Umwelthilfe“, liefert damit keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Erholung eines Sachverständigengutachtens, da dort die Werte im sog. realen Fahrbetrieb dargestellt sind. Dass ein Fahrzeug im Realbetrieb mehr Abgase ausstößt als auf dem Prüfstand des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ), ist aber, wie gezeigt, gerade kein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung (OLG Stuttgart Hinweisbeschluss v. 9.3.2020 – 16 a U 296/19, BeckRS 2020, 5654, beck-online).

- Das als Anlage KC9 vorgelegte, in einem Verfahren des OLG Frankfurt am Main erstattete Teilgutachten des Sachverständigen ... bezieht sich auf einen anderen Fahrzeug- und Motorentyp und auf eine andere Abgasnorm (... mit Erstzulassung .... Motor ...). Bereits deswegen gibt es für das vorliegende Verfahren nichts her. Denn es ist nicht möglich, von einem Fahrzeug- und Motorentyp auf den anderen zu schließen. Gleiches gilt im Hinblick auf die betreffende Abgasnorm. Schließlich kann die Technik der verschiedenen Motoren einfach unterschiedlich sein (OLG München, 21 U 6698/19, Beschluss vom 17.03.2020, S. 6). Überdies enthält dieses Teilgutachten lediglich eine vorläufige Beurteilung und kommt nicht zu abschließenden und für das vorliegende Verfahren vorgreiflichen Ergebnissen.

- Auch das Gutachten des Professors ... vom ... (Bl. 306 ff d.A.) betrifft einen anderen Fahrzeug- und Motorentyp mit einer anderen Abgasnorm (... , Erstzulassung ..., Motor ...) und ist damit ebenfalls unbehelflich.

- Die Klagepartei hat es nicht vermocht konkret vorzutragen, ob die angeblich falsche Dosierung von AdBlue sich in irgendeiner Weise auswirkt, etwa in einem Überschreiten der einschlägigen Abgasgrenzwerte.

### 31

b) Anhaltspunkte, die gegen das Vorliegen einer illegalen Abschalteinrichtung sprechen

- Bereits aus dem unstreitigen Sachverhalt (Anlagen B1, B6, B7, KC 3) ergibt sich eine ganze Fülle von Indizien, die erheblich gegen das Vorliegen einer illegalen Abschalteinrichtung sprechen.

- Ein Rückruf des KBA liegt nicht vor. Zwar kann man hieraus nicht kurzerhand den Rückschluss ziehen, dass das Fahrzeug nicht mit einer illegalen Abschalteinrichtung ausgestattet ist (OLG München, Beschluss vom 17.03.2020, Az. 21 U 6698/19). Bezeichnenderweise liegt hier aber noch nicht einmal eine „freiwillige“ Servicemaßnahme der Beklagten vor. Die Beklagte hat für den streitgegenständlichen Pkw noch nicht einmal ein einschlägiges Software-Update angeboten. Der Kläger hat weder vom KBA noch von der Beklagten ein Schreiben erhalten, wonach er ein wie auch immer bezeichnetes Software-Update im Hinblick auf die Abgasreinigung des Pkw durchführen lassen soll.

### 32

Auch ansonsten liegen keinerlei tatsächlichen Anhaltspunkte vor, welche den klägerischen Vortrag stützen und die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich machen würden.

### 33

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen zu dem klägerischen Vorbringen kann das Gericht hier keinerlei greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Manipulationssoftware an dem streitgegenständlichen Fahrzeug erkennen.

### 34

Entgegen der Auffassung der Klagepartei kamen zu ihren Gunsten nicht die Grundsätze der sogenannten sekundären Darlegungslast zum Tragen. Zwar trifft den Bestreitenden nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine sekundäre Darlegungslast dann, wenn die beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihm detaillierte Angaben zuzumuten sind. Für die Frage der Zumutbarkeit ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Bebringungsgrundsatz nicht ausgehöhlt werden darf, nachdem es zunächst dem Beweisbelasteten obliegt, die ihm günstigen Umstände in der erforderlichen Tiefe darzulegen. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast reduzieren nicht bereits die allgemeinen Anforderungen an die Substantiierung der primären Darlegung des Anspruchstellers auf die allgemeine Behauptung der maßgebenden Tatbestandsmerkmale. Einem Autohersteller ist es grundsätzlich nicht zuzumuten, auf die bloße pauschale Behauptung einer unzulässigen Abschalteinrichtung hin im Einzelnen darlegen zu müssen, welche konkreten Abschalteinrichtungen ein bestimmter Motor enthält und warum diese gegebenenfalls für notwendig gehalten werden, um den Motor vor Beschädigungen oder Unfällen zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Eine solche Sichtweise würde den Bebringungsgrundsatz aushöhlen und dem beklagten Autohersteller eine der Zivilprozessordnung fremde allgemeine Aufklärungspflicht auferlegen. Vorliegend fehlt es somit bereits an der Grundlage für die Anwendung des Rechtsinstituts der sekundären Behauptungslast, der klägerischen Darlegung der konkreten Betroffenheit des im Streit stehenden Fahrzeugs, so dass die Forderung der Klagepartei nach einer Offenlegung der sich aus dem internen Unternehmensbereich der Beklagten ergebenden technischen Daten betreffend das Emissionsverhalten des Fahrzeugs zu einer rechtlich nicht gebotenen Umkehr der Darlegungslast führen würde (OLG Koblenz Urt. v. 18.5.2020 – 12 U 2149/19, BeckRS 2020, 9935 Rn. 29, 30, beck-online)

### 35

Es wäre dem Kläger selbstverständlich freigestanden, selbst die Schlüssigkeit der Klage herbeizuführen, indem er z.B. – auf eigene Kosten – ein auf das streitgegenständliche Fahrzeug bezogenes Privatgutachten vorlegt, aus dem sich zumindest Anhaltspunkte für die behauptete Abschaltvorrichtung bzw. ein unzulässiges Thermofenster errahnen lassen. Dies ist unterblieben.

C. Überdies fehlt es an einem ausreichenden Vortrag der Klagepartei, welcher das Verhalten der Beklagten, ein mit einem sog. Thermofenster ausgestattetes Fahrzeug in den Verkehr zu bringen, als sittenwidrige Handlung erscheinen ließe. Das Gericht schließt sich den nachfolgenden, überzeugenden Ausführungen des OLG Koblenz (Urteil vom 21.10.2019, 12 U 346/19, Rn. 41 ff.) an:

„Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob das im streitgegenständlichen Fahrzeug installierte Thermofenster eine objektiv unzulässige Abschalteinrichtung darstellt oder nicht. Bei einer sogenannten „Schummelsoftware“, wie sie in dem VW-Motor ... verwendet worden ist, ergibt sich die Sittenwidrigkeit des Handelns per se aus der Verwendung einer Umschaltlogik, weil die Verwendung einer solchen Abschalteinrichtung eindeutig unzulässig ist und dies den Handelnden bzw. den Verantwortlichen auch bewusst ist. Bei einer anderen die Abgasreinigung (Abgasrückführung und Abgasnachbehandlung) beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, wie dem hier in Rede stehenden Thermofenster, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, und bei der Gesichtspunkte des Motor-respektive des Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden können, 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. Vielmehr muss in dieser Situation, selbst wenn hinsichtlich des Thermofensters von einer objektiv unzulässigen Abschalteinrichtung auszugehen sein sollte, eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe der Beklagten in Betracht gezogen werden (OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2019 – 3 U 148/18, juris, Rn. 6). Eine Sittenwidrigkeit kommt daher hier nur in Betracht, wenn über die bloße Kenntnis von der Verwendung einer Software mit der in Rede stehenden Funktionsweise in dem 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 verstoßen, und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde (OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2019 – 3 U 148/18, juris, Rn. 6). Solche Anhaltspunkte sind vom Kläger weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Allein der Umstand, dass das streitgegenständliche Fahrzeug von einer vom KBA – bislang nicht bestandskräftig – angeordneten Rückrufaktion betroffen ist, ist hierfür nicht ausreichend.

Hat die Beklagte aber die Rechtslage fahrlässig verkannt, fehlt es ihr an dem für die Sittenwidrigkeit in subjektiver Hinsicht erforderlichen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 826, Rn. 8). Dass auf Seiten der Beklagten das Bewusstsein eines möglichen Gesetzesverstoßes, verbunden mit einer zumindest billigenden Inkaufnahme desselben, vorhanden war, ist vom Kläger weder dargetan noch ersichtlich.

Die Gesetzeslage ist an dieser Stelle nicht unzweifelhaft und eindeutig. Dies zeigt die kontrovers geführte Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmegesetzvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a) VO (EG) 2007/715. Nach Einschätzung der vom Bundesverkehrsministerium (BMVI) eingesetzten Untersuchungskommission ... liegt ein Gesetzesverstoß durch die von allen Autoherstellern eingesetzten Thermofenster jedenfalls nicht eindeutig vor. So heißt es im Bericht der Kommission zur Auslegung der Ausnahmegesetzvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a) VO (EG) 715/2007 ausdrücklich (BMVI, Bericht der Untersuchungskommission ..., Stand April ..., S. 123):

„Zudem verstößt eine weite Interpretation durch die Fahrzeughersteller und die Verwendung von Abschalteinrichtungen mit der Begründung, dass eine Abschaltung erforderlich ist, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, angesichts der Unschärfe der Bestimmung, die auch weite Interpretationen zulässt, möglicherweise nicht gegen die Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Konsequenz dieser Unschärfe der europäischen Regelung könnte sein, dass unter Berufung auf den Motorschutz die Verwendung von Abschalteinrichtungen letztlich stets dann gerechtfertigt werden könnte, wenn von Seiten des Fahrzeugherstellers nachvollziehbar dargestellt wird, dass ohne die Verwendung einer solchen Einrichtung dem Motor Schaden droht, sei dieser auch noch so klein.“

Schließlich zeigt auch der in der Literatur (vgl. Führ, NVwZ 2017, 265) betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das „Thermofenster“ als unzulässige Abschalteinrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben ist, gegen welche die Beklagte bewusst verstoßen hätte (vgl.

OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 – 3 U 148/18 –, juris, Rn. 6; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019 – 10 U 134/19 –, juris, Rn. 89).

Eine Auslegung, wonach ein Thermofenster eine zulässige Abschaltvorrichtung darstellt, ist daher jedenfalls nicht unvertretbar. Ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes kann nicht als besonders verwerfliches Verhalten angesehen werden (vgl. OLG Stuttgart, a.a.O., Rn. 90).“

### **37**

Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte im Hinblick auf das behauptete Thermofenster im Bewusstsein handelte, dass sie hierbei möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften verstößt und diesen Gesetzesverstoß billigend in Kauf nimmt, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Damit verkennt die Klagepartei auch die neuste Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19, SVR 2021, 100). Demnach ist das Verhalten der für einen Kraftfahrzeughersteller handelnden Personen nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) 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. Die Annahme objektiver Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass die handelnden 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. Hierzu hat der Kläger, wie bereits ausgeführt, aber nichts vorgetragen. Daher war wie erkannt zu entscheiden.

II.

### **38**

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, jene über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 ZPO.