

**Titel:**

**Abschalteinrichtung, Klagepartei, Beweiserhebungspflicht, Sittenwidrigkeit, Anhörungsverfahren, Vorläufige Vollstreckbarkeit, Nutzungsentschädigung, Elektronischer Rechtsverkehr, Elektronisches Dokument, Klageabweisung, Unzulässigkeit, Streitwert, Wert des Beschwerdegegenstandes, Kostenentscheidung, Anderweitige Erledigung, Mängel der Kaufsache, Sachverständigengutachten, Außergerichtliche Rechtsverfolgung, Besondere Verwerflichkeit, Deliktsrecht**

**Schlagworte:**

Thermofenster, Abschalteinrichtung, Deliktsrecht, Sittenwidrigkeit, Beweislast, Substantiierungspflicht, Sekundäre Darlegungslast

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG München, Beschluss vom 30.03.2022 – 35 U 8162/21

BGH Karlsruhe, Urteil vom 30.10.2024 – VIa ZR 590/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 67360

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist für die Beklagte gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 40.257,66 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Klagepartei kaufte am 15.02.2017 einen gebrachten PKW Q5 3.0 TDI (Euro 5), 180 KW, mit einer Laufleistung von 62.376 km zu einem Preis in Höhe von 38.180 €. Der Kaufpreis wurde finanziert. Am 204.08.2021 hatte das Fahrzeug einen Kilometerstand von 122.886 km.

**2**

In der Software dieses Fahrzeugs ist ein sogenanntes Thermofenster integriert, das bewirkt, dass die Abgasrückführungsrate in bestimmten Temperaturbereichen abgeschaltet bzw. reduziert wird und der Ausstoß an Stickoxiden höher ist. Einen durch das KBA angeordneten verpflichtenden Rückruf bzgl. des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Hinblick auf dessen Emissionsverhalten hat die Klagepartei bis jetzt nicht erhalten. Die Beklagte bietet für das Fahrzeug ein freiwilliges Softwareupdate an.

**3**

Mit Schreiben vom 02.10.2019 hatte die Klagepartei die Beklagte erfolglos zur Rücknahme des Fahrzeugs gegen Rückerstattung des Kaufpreises aufgefordert (Anlage K16).

**4**

Die Klagepartei behauptet im Wesentlichen, die Beklagte habe im Fahrzeug diverse unzulässige Abschalteinrichtungen zur Verringerung der Abgasemissionen auf dem Prüfstand implementiert. Das streitgegenständliche Fahrzeug erkenne anhand bestimmter Parameter, ob es sich auf einem technischen Prüfstand oder im Straßenverkehr befinde. Während auf dem Prüfstand so die zulässigen Stickoxid-Grenzwerte eingehalten würden, sei dies im Realbetrieb nicht der Fall. Es gebe für das vorliegende Fahrzeug zudem ein Anhörungsverfahren durch das KBA. Auch andere 3 Liter Motoren der Beklagten mit

Abgasklasse EURO 5 seien bereits zurückgerufen worden. Die Klagepartei sei bei Kauf des Fahrzeugs über dessen Gesetzeskonformität getäuscht worden, was für sie ein entscheidendes Kaufkriterium gewesen sei.

## 5

In rechtlicher Hinsicht stützt die Klagepartei ihre behaupteten Ansprüche u.a. auf 826 BGB. Die Beklagte habe die Klagepartei vorsätzlich und sittenwidrig getäuscht. In Kenntnis des „tatsächlichen Zustandes“ des streitgegenständlichen Pkw hätte die Klagepartei vom Kauf abgesehen. Ihr sei ein „erheblicher“ Schaden entstanden, der „bis hin“ zur mangelnden Benutzbarkeit „der Fahrzeuge“ im städtischen Straßenverkehr reiche.

## 6

Ferner behauptet die Klagepartei, ihr sei durch die Finanzierung des Fahrzeugs ein zusätzlicher Schaden in Höhe von 2.077,66 € entstanden; die Finanzierung laufe aber noch mindestens ein Jahr, wobei noch ein Betrag von ca. 15.000 € offen sei.

## 7

In der mündlichen Verhandlung vom 04.08.2021 hat die Klagepartei ihren Antrag vom 23.03.2020, modifiziert durch den Antrag vom 03.02.2021 mit der Maßgabe gestellt, dass bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung auf eine Gesamtleistung von 350.000 km abzustellen sei.

## 8

Die Klagepartei beantragt zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei EUR 38.180,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.10.2012 zzgl. Finanzierungskosten in Höhe von EUR 2.077,66 abzüglich einer im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung (bei einer Gesamtleistung von 350.000 km) Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges der Marke Audi Typ Q5 3.0 TDI quattro S tronic mit der Fahrgestellnummer ... zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 17.10.2019 mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1) genannten Gegenstands im Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.613,24 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.10.2019 zu zahlen.

## 9

Die Beklagte beantragt,

Klageabweisung.

## 10

Die Beklagte trägt im Wesentlichen vor, dass es hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs kein Anhörungsverfahren, sowie keinen angeordneten Rückrufbescheid des Kraftfahrtbundesamtes in Bezug auf das Emissionsverhalten gebe.

## 11

Sie ist der Auffassung, bei dem verbauten Thermofenster handle es sich nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Der Vortrag der Klagepartei zu der/den weiteren behaupteten Abschaltvorrichtung(en) sei zu unsubstantiiert und löse keine Beweiserhebungspflicht des Gerichts aus. Der PKW verfüge nicht über einen SCR-Katalysator. Es seien keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen verbaut. Die Beklagte habe die Klagepartei nicht sittenwidrig getäuscht. Sie sei am Vertragsschluss nicht beteiligt gewesen. Es fehle auch an der Kausalität einer behaupteten Täuschung für den Kaufvertragsschluss. Der Kläger könne sein Fahrzeug ohne jede Einschränkung benutzen. Daher fehle es auch an einem Schaden der Klagepartei. Ein Vorsatz der Beklagten liege nicht vor und sei klägerseits nicht dargelegt worden.

## 12

Bezüglich des übrigen Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Das Gericht hat am 04.08.2021 mündlich zur Sache verhandelt und dabei den Kläger informatorisch zur Sache angehört. Bezüglich des Inhalts wird auf das Protokoll vom 04.08.2021 Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

**13**

Die zulässige Klage ist unbegründet. Dem Kläger stehen in Bezug auf das in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Thermofenster die geltend gemachten Ansprüche unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

**14**

Im Hinblick auf die weiteren Behauptungen der Klagepartei zum Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung war der klägerische Vortrag zu unsubstantiiert und löste daher keine Beweiserhebungspflicht des Gerichts aus.

I. „Thermofenster“

**15**

Da zwischen den Parteien keinerlei vertragliche Beziehungen bestehen, kommt als Anspruchsgrundlage lediglich Deliktsrecht, hier insbesondere ein Anspruch aus § 826 BGB in Betracht. Solche ergeben sich jedoch nicht wegen des in dem streitgegenständlichen Fahrzeug unstrittig verbauten Thermofensters.

**16**

1. Für die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale ist die Klagepartei vollumfänglich darlegungs- und beweisbelastet. Da das Vorhandensein des sogenannten Thermofensters vorliegend unstrittig ist, müsste die Klagepartei neben der Tatsache, dass es sich hierbei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt, weiter ein vorsätzliches oder gar sittenwidriges Handeln der Beklagten beweisen.

**17**

2. Während die Klagepartei – ohne nähere Begründung – von der Eigenschaft des Thermofensters als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Nr. 10 EG VO 715/2007 ausgeht, hat die Beklagte dies bestritten und sich auf die Ausnahmeregelungen nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) EG VO 715/2007 berufen. Die Abgasrückführung sei bei bestimmten Temperaturen deshalb (signifikant) reduziert worden, weil dies aus Gründen des Motorschutzes erforderlich sei.

**18**

3. Es ist bereits nicht klar, ob es sich bei dem Thermofenster um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. Die Gesetzeslage hierzu ist aufgrund der o.g. Ausnahmenvorschrift, auf welche sich die Beklagte beruft, keinesfalls eindeutig; der Einsatz von Thermofenstern kann nicht per se als rechtswidrig beurteilt werden, worauf das KBA auch hingewiesen hat (vgl. Auch OLG München, Urteil vom 03.04.2020; Az. 5 U 941/20). Gegen das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung spricht auch bereits die Tatsache, dass das hier in Rede stehende Thermofenster vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, während zum Beispiel bei der in den EA189-Motoraggregaten verbaute Software auf einer Umschaltlogik basierte, so dass der Schadstoffausstoß nur auf dem Rollenprüfstand vermindert wurde. Das Problem der Versottung von Bauteilen bei Kondensierung von unverbrannten Rückständen in den kalten Rohrleitungen hat nicht nur die Beklagte erkannt und ist dem mittels einer von der Außentemperatur abhängigen Abgasrückführung begegnet. Vielmehr benutzt die Mehrzahl der Autohersteller dieses System, um Bauteile zu schützen. Wenn die Klagepartei hier von „Absprachen im Rahmen des Autokartells“ spricht, mag dies verwerflich klingen, ändert aber an der zugrunde liegenden Problematik und der Frage, ob es sich bei einem Thermofenster um eine unzulässige Abschaltvorrichtung oder eine zulässige Maßnahme zum Motorschutz handelt, nichts.

**19**

4. Letztlich kann es jedoch dahin stehen, ob es sich objektiv gesehen bei dem verbauten Thermofenster um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. Denn das Gericht ist der Überzeugung, dass sich das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs wegen dem verbauten Thermofenster jedenfalls nicht als sittenwidrige Handlung qualifizieren lässt.

**20**

Es ist höchst umstritten, ob es sich bei der Verwendung des sogenannten Thermofensters um eine zulässige Motorschutzmaßnahme handelt. Die Gesetzeslage hierzu ist auch keinesfalls eindeutig, was die – auslegungsfähigen – Ausnahmenvorschriften (s.o.) belegen. Auch 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 Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a) VO (EG) 715/2007 ausdrücklich (BMVI, Bericht der Untersuchungskommission ..., Stand April 2016, S. 123):

„Zudem verstößt eine weite Interpretation durch die Fahrzeughersteller und die Verwendung von Abschaltvorrichtungen 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 Abschaltvorrichtungen 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.“

## **21**

Schließlich zeigt auch der in der Literatur (vgl. Führ, NVwZ 2017, 265) betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das „Thermofenster“ als unzulässige Abschaltvorrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben ist, gegen welche die Beklagte bewusst verstoßen hätte (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 21.10.2019 – 12 U 246/19, BeckRS 2019, 25135, beck-online, mwN).

## **22**

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, Urteil v. 30.07.2019, 10 U 134/19, Rn. 90). Denn eine Auslegung, wonach ein Thermofenster eine zulässige Abschaltvorrichtung darstellt, ist, wie eben dargelegt, jedenfalls nicht unvertretbar. Ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes kann aber nicht als besonders verwerfliches Verhalten angesehen werden.

## **II. „Übrige“ unzulässige Abschaltvorrichtungen**

## **23**

Der weitere Vortrag der Klagepartei hinsichtlich der Behauptung weiterer unzulässiger Abschaltvorrichtungen, welche in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut sein sollen, ist jedenfalls zu unsubstantiiert, um eine Beweiserhebungspflicht des Gerichts auszulösen, so dass auch diesbezüglich die Klage abzuweisen war.

## **24**

1. Für das streitgegenständliche Fahrzeug liegt unstreitig kein angeordneter Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes vor. Der Kläger hat selbst in der mündlichen Verhandlung vom 04.08.2021 erklärt, dass er bislang lediglich ein Anschreiben der Beklagten bzgl. eines freiwilligen Service-Rückrufs für sein Fahrzeug erhalten hat.

## **25**

2. Zwar ist die Frage, ob in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut ist, grundsätzlich nicht abhängig von einem KBA-Rückruf für den betreffenden Pkw. Ein erfolgter Rückrufbescheid des KBA entfaltet diesbezüglich jedoch Tatbestandswirkung, wenn der Rückruf wegen des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erfolgt ist. Zweifellos kann auch dann eine unzulässige Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut sein, wenn – wie hier – (noch) kein KBA-Rückruf vorliegt. In diesem Fall kommt es jedoch darauf an, ob der Vortrag der Klagepartei substantiiert genug ist, eine Beweiserhebungspflicht des Gerichts auszulösen, dies auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH vom 28.01.2020 (VIII ZR 57/19).

## **26**

In Abweichung von der zitierten BGH-Entscheidung kommen vorliegend nur deliktische Ansprüche gegen die Beklagte in Betracht, andere macht die Klagepartei auch nicht geltend. Die zitierte BGH-Entscheidung befasst sich indes lediglich mit einer übermäßigen Überspannung der Substantiierungsanforderungen an die Darlegung des Vorhandenseins eines Sachmangels. Die Anforderungen an einen substantiierten Vortrag der Klagepartei sind daher vorliegend anders gelagert als in dem vom BGH entschiedenen Fall. So genügt es nicht, Anhaltspunkte für einen evtl. vorhandenen Mangel der (Kauf-)Sache zu liefern (wie in dem vom BGH entschiedenen Fall); vielmehr muss eine rechtswidrige Schädigungshandlung schlüssig dargetan

werden, welche von der Beklagten in zurechenbarer Weise mit entsprechendem Schädigungsvorsatz ausgeübt worden sein und beim Kläger zu einem kausalen Schaden geführt haben muss; darüber hinaus muss, da in Fällen wie dem Vorliegenden regelmäßig ein Anspruch nach § 826 bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB zu überprüfen sein wird – evtl. auch zu einer möglichen Sittenwidrigkeit/besonderen Verwerflichkeit des Handelns der Beklagten vorgetragen werden. Auch unter Berücksichtigung der vom BGH in dem genannten Urteil aufgestellten Maßstäbe erscheint der Vortrag der Klagepartei vor diesem Hintergrund als nicht hinreichend konkret (vgl. auch OLG München, B. v. 17.03.2020, 21 U 6698/19).

## **27**

In diesem Zusammenhang weist das Gericht zunächst auf das z.T. unstimmige/unzutreffende Vorbringen der Klagepartei hin. Wenn z.B. in der Klageschrift auf die verminderte AdBlue-Einspritzung im Realbetrieb und Manipulationen in Zusammenhang mit einem SCR-Katalysator Bezug genommen wird, so hat die Beklagte in der Klageerwiderung bestritten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über einen SCR-Katalysator verfügt. Die Klagepartei hat in der Folge dazu auch keinen Beweis angeboten, so dass sie insoweit beweisfällig blieb. Dementsprechend sind aber auch die Ausführungen der Klagepartei zu einer Manipulierung der AdBlue-Einspritzung vorliegend verfehlt. Ferner macht die Klagepartei Ausführungen zu Manipulationen bei Motoren der Abgasnorm EU6, und trägt auf Seite 32 der Klage sogar vor, dass am 09.02.2018 dann auch der zwingende Rückruf auch für das streitgegenständliche Fahrzeug als Euro 6 Modell folgte. Unstreitig hat der streitgegenständliche Pkw aber die Schadstoffklasse Euro 5. Der Vortrag der Klagepartei zu den behaupteten Abschaltvorrichtungen in dem streitgegenständlichen Pkw lässt jeglichen Bezug zum konkreten Fall vermissen. Die Klagepartei folgert aus Rückrufen für Fahrzeuge der Beklagten mit 3.0 Liter Aggregaten der Schadstoffklassen EU 6, dass deswegen auch 3 Liter Motoren der Schadstoffklasse EU 5 betroffen sein müssen. Dies ist jedoch reine Vermutung der Klagepartei. Die Erholung eines Sachverständigengutachtens aufgrund dieser letztlich von der Klagepartei geäußerten reinen Vermutungen würde zur Überzeugung des Gerichts eine unzulässige Ausforschung des Sachverhalts darstellen (so auch OLG München, B. v. 22.03.2019, 21 U 533/19; OLG München, B. v. 17.03.2020, 21 U 6698/19).

## **28**

Es ist allgemein bekannt, dass es im ...konzern in der Vergangenheit zum Einsatz von unerlaubten Abschaltvorrichtungen kam. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass die Klagepartei im einzelnen Fall nicht mehr konkret darlegen muss, weshalb auch gerade in ihrem Fall konkrete Anhaltspunkte für eine solche Abschaltvorrichtung im jeweils streitgegenständlichen Fahrzeug vorliegen. Rein spekulative und pauschale Verdachtsäußerungen, die ohne Bezug auf den konkreten Einzelfall zunächst in einer Art Generalverdacht vorgetragen werden und von denen das Gericht sich quasi die passenden herausuchen soll, können nicht als hinreichend konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung dienen.

## **29**

Zwar ist es der Klagepartei prozessual grundsätzlich nicht verwehrt, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie jedoch für wahrscheinlich hält. Jedoch muss, um eine ausufernde Beweiserhebungspflicht des Gerichts zu vermeiden, zunächst der Vortrag der Klagepartei zu den behaupteten Anspruchsgrundlagen hinreichend konkret sein. Andernfalls sind Darlegungserleichterungen wie die sekundäre Darlegungslast, nicht gerechtfertigt (vgl. Hierzu ausführlich OLG Köln, U. v. 11.04.2019, 3 U 67/18).

III.

## **30**

Mangels Bestehens eines deliktischen Anspruchs bereits dem Grunde nach gehen auch die übrigen Anträge ins Leere.

IV.

## **31**

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 709 S. 2 ZPO.