OLG München, Hinweisbeschluss v. 20.09.2021 – 21 U 3427/21

Titel:

Dieselabgasskandal, Thermofenster, Sittenwidrigkeit, Schadensersatzanspruch, Rückrufaktion, Beweislast

Schlagworte:

Dieselabgasskandal, Thermofenster, Sittenwidrigkeit, Schadensersatzanspruch, Rückrufaktion, Beweislast

Vorinstanz:

LG Ingolstadt vom 05.05.2021 – 33 O 445/20

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Beschluss vom 19.01.2022 – 21 U 3427/21
BGH, Urteil vom 02.07.2025 – VIa ZR 242/22

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 05.05.2021, Az. 33 O 445/20, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Entscheidungsgründe

I.

1
Gegenstand des Rechtsstreits sind Ansprüche, die die Klagepartei gegen die Beklagte wegen des Erwerbs eines Diesel-Pkws geltend macht.

2
Die Klagepartei erwarb am 15.12.2015 zu einem Preis von 39.900,00 € brutto einen Gebrauchtwagen … 180 kW. Der Kaufpreis war finanziert und löste Kosten von 1.824,08 € aus.

3
Das Auto ist mit einem V6-Dieselmotor ausgestattet und nicht mit einem Motor EA 189. Zwischen den Parteien ist streitig, ob es sich um einen Motor EA 897 (so die Klagepartei) oder um einen Motor EA 896 Gen2 (so die Beklagte) handelt. Die Beklagte ist die Herstellerin des Wagens und des Motors.

4
Das Fahrzeug hat die Schadstoffklasse Euro 5. Es ist nicht von einem Rückruf des KBA betroffen.

5
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 SCRKatalysator zur Abgasnachbehandlung.

6
Die Klagepartei begehrte erstinstanzlich die Verurteilung zur Zahlung des Kaufpreises nebst Deliktszinsen, unter Abzug einer Nutzungsentschädigung Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung des Annahmeverzugs und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

7
Ergänzend wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.

8

Das Landgericht hat die Klage nach formloser Anhörung des Klägers mit Urteil vom 05.05.2021 als unbegründet abgewiesen. Ein Schadensersatzanspruch sei nicht ausreichend dargetan und unter Beweis gestellt.

9
Hiergegen wendet sich die Klagepartei mit der Berufung und begründet diese mit Schriftsatz vom 01.07.2021 (Bl. 318 ff. d.A.). Sie verfolgt ihre erstinstanzlichen Anträge im Wesentlichen weiter. Sie meint, die Beklagte hafte nach §§ 826, 31, 831 BGB. Der Klagepartei sei auch ein Schaden entstanden. Das Landgericht überspanne die Substantiierungsanforderungen, habe die angebotenen Beweise fehlerhaft nicht erhoben und so den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Die Berufung bezieht sich hierzu u.a. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 28.01.2020, Az.: VIII ZR 57/19, sowie auf Brandenburgisches OLG und OLG Stuttgart, Urteil vom 16.06.2020, Az.: 16a U 228/19, wonach Vergleichbarkeit vorliege, wenn es um denselben Motortyp des Herstellers mit derselben Euro-Norm gehe bzw. die Motoren die gleichen technischen Grundkonfigurationen aufwiesen. Die Klagepartei habe im Sinne dieser Rechtsprechung zu dem streitgegenständlichen Motor-Typ ausgeführt und greifbare Anhaltspunkte vorgebracht, die auf das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen schließen ließen, nämlich u.a. zum verbauten Motortyp EA 897, zur Entwicklungsgeschichte, Folgen eines Softwareupdates und zum merkantilen Minderwert. Sie habe greifbare Anhaltspunkte für Abschalteinrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug dargelegt. In dem Fahrzeug sei der Motor EA 897 verbaut, auch verhielten sich die Abschalteinrichtungen im Motor EA 896 spiegelbildlich. Auf die konkrete Bezeichnung des Motors komme es nach der Rechtsprechung nicht an.

10
Die Klagepartei bezieht sich auf Rückrufe von Fahrzeugen mit EA 897 Motoren und zitiert die Pressemitteilung des KBA vom 23.01.2018 sowie die Rückrufaktion … vom 02.12.2019 und … vom 21.02.2020. Das Fahrzeug sei sowohl im Hinblick auf dien Motortyp als auch im Hinblick auf die Abgasnachbehandlungstechnologie eindeutig mit den verpflichtend zurückgerufenen Fahrzeugen vergleichbar. Sie beruft sich zudem auf den Rückruf „…“. Der freiwillige Rückruf werde vom KBA überwacht und sei im Grunde ein verpflichtender Rückruf. Dies ergebe sich aus dem „Kodex zur Durchführung von Rückrufaktionen“.

11
Die Einschätzung des Kraftfahrtbundesamtes zur Frage, ob Fahrzeuge von einer unzulässigen Abschalteinrichtung betroffen seien, sei aus verschiedenen Gründen nicht maßgeblich. Auf das Vorliegen eines amtlichen Rückrufes komme es nicht an. Die Entscheidungen des KBA beruhten ausschließlich auf den Angaben der Hersteller und entfalteten keine Bindungswirkung für die Gerichte. Auch bestehe beim Kraftfahrtbundesamt ein falsches Rechtsverständnis zur Problematik der unzulässigen Abschalteinrichtung. Jede Reduzierung der Abgasreinigung bei normalem Betrieb auf der Straße sei nach den europarechtlichen Vorgaben unzulässig. Das Kraftfahrtbundesamt missachte dabei die Vorgaben der Europäischen Kommission vom 26.01.2017. Die Prüfungen des KBA seien nicht geeignet, alle unzulässigen Abschalteinrichtungen zu erkennen. Der Begriff Abschalteinrichtung treffe die technischen Vorgänge nicht vollumfänglich. Der englische Begriff „defeat device“ beschreibe die Verwerflichkeit. Messergebnisse im Straßenbetrieb belegten ganz erhebliche Grenzwertüberschreitungen.

12
Die Abgasreinigung funktioniere nur in einem Bereich zwischen 18° C und 34° C und sei damit eindeutig auf den Prüfstand zugeschnitten.

13
Auch in dem streitgegenständlichen Fahrzeug komme eine Aufheizstrategie entsprechend dem Rückruf vom 14.10.2019 zum Einsatz sowie eine Lenkwinkelerkennung entsprechend dem Rückruf vom 02.12.2019. Einige Fahrzeuge – wie auch das streitgegenständliche – aus der Herstellung der Beklagten seien mit einem 3.0l-V6-Dieselmotor und sog. „…“ Doppelkupplungsgetriebe der ZF Friedrichshafen mit der Bezeichnung „…“ ausgestattet. Die Klagepartei bezieht sich hierzu auf Unterlagen des … -konzerns zum „Warmlaufprogramm“. Diese belegten eine zyklusnah bedatete Lenkwinkelerkennung ähnlich der „Akustikfunktion“, in deren Folge die gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte im normalen Straßenverkehr um ein Vielfaches überschritten würden. Die Beklagte habe dies dem Kraftfahrtbundesamt verschwiegen, da sie nicht habe einschätzen können, ob dieses die Technologie als unzulässig bewerten würde.

14
Sie beruft sich insoweit auf einen Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt vom 02.12.2019 zu Fahrzeugen der Beklagten der Modelle … und … mit dem Getriebe „…“ unter der Rückrufnummer … mit dem Herstellerrückrufcode „…“ und der Begründung „Konformitätsabweichung Antriebssteuerungssoftware“ (Bl. 370 d.A.) bzw. zu den Modellen …, …, … mit der Begründung „Entfernung unzulässiger Abschalteinrichtungen bzw. der unzulässigen Reduzierung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems (Lenkwinkelerkennung)“ (Bl. 336 d.A.). Es drohe die Betriebsuntersagung. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020, Az.: C-693/18 führt die Klagepartei aus, die Bewertung als „Konformitätsabweichung“ durch das Kraftfahrtbundesamt sei im Ergebnis irrelevant.

15
Die Klagepartei beruft sich auf ein Gutachten vor dem Landgericht Bielefeld, aus dem sich für ein Fahrzeug mit dem Motorkennbuchstaben „…“ das Vorliegen unzulässiger Abschalteinrichtungen ergebe. Das vorliegende Fahrzeug habe den Kennbuchstaben „…“, das Abweichen hinsichtlich des letzten Buchstabens sei irrelevant.

16
Das Landgericht habe fehlerhaft einen Anspruch in Bezug auf das Thermofenster verneint. Die Klagepartei bezieht sich auf das vor dem EuGH geführte Verfahren Az.: C-693/18 und meint, der Vorsatz der Beklagten ergebe sich bereits aus deren eigenem Vortrag. Die Beklagte habe aus rücksichtslosem Gewinnstreben davon abgesehen, die bereits verfügbare Harnstoffeinspritzung fortzuentwickeln und zu implementieren. Die Beklagte habe das Thermofenster in seiner konkreten Bedatung gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt bei Beantragung der Typgenehmigung nicht offen gelegt.

17
Es könne bereits aus der Implementierung des Thermofensters auf die Sittenwidrigkeit geschlossen werden. Da das Thermofenster im Normalbetrieb dazu führe, dass die Abgasrückführung weitestgehend eingeschränkt sei, sei es letztlich mit der Wirkungsweise und Intention der „Umschaltlogik“ der „Akustikfunktion“ vergleichbar. Die Implementierung des Thermofensters verkehre das eindeutige Regel-Ausnahme-Verhältnis der europarechtlichen Vorgaben. Die Beklagte sei nach der ISO 9001 zertifiziert und es sei ausgeschlossen, dass nicht etliche interne Sitzungen und Abstimmungen zu einer möglichen Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung abgehalten und dokumentiert worden seien.

18
Die Beklagte habe nicht nur die konkrete Bedatung nicht offen gelegt, sondern auch das KBA über das Funktionieren der Abgasreinigung bei niedrigen Temperaturen getäuscht. Dabei bezieht sich die Klagepartei auf einen Muster-Typgenehmigungsbogen der Volkswagen AG (Anlage BB4).

19
Auch habe des Landgericht den Vortrag zum OBD-System nicht hinreichend gewürdigt. Ordnungsgemäß funktionierende OBD-System würden die Grenzwertüberschreitungen anzeigen.

20
Die Überwachungsfunktion fehle hier vollständig.

21
Zumindest bestehe ein Anspruch aus § 831 BGB.

22
Die Klagepartei beantragt unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Ingolstadt, 33 O 445/20 verkündet am 05.05.2021 und zugestellt am 06.05.2021,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger Partei 39.900 € zuzüglich Darlehenskosten in Höhe von 681,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.01.2020 abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 10.013,76 Euro Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges mit der Fahrgestellnummer … zuzahlen.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 07.01.2020 mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1 bezeichneten Gegenstandes in Annahmeverzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2434,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.01.2020 zu zahlen.

Hilfsweise zu 3: Die Beklagte wird verurteilt, an die … Versicherung die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1682,01 € und nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.01.2020 zu zahlen und den Kläger von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 752,73 € freizustellen.

Hilfsweise, das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Ingolstadt, 33 O 445/20 verkündet am 05.05.2021 und zugestellt am 06.05.2021, aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurück zu verweisen.

Hilfsweise, die Revision zuzulassen.

23
Die Beklagte hat noch nicht auf die Berufung erwidert.

II.

24
Der Senat beabsichtigt, sein eingeschränktes Ermessen ("soll") dahingehend auszuüben, dass er die Berufung der Klagepartei durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückweist.

25
Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Berufungsgerichts aufgrund mündlicher Verhandlung, die auch nicht geboten ist, § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 bis 4 ZPO. Die zentralen Fragen sind mittlerweile durch den Bundesgerichtshof geklärt zur Haftung grundsätzlich wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen bzw. im Zusammenhang mit dem Einsatz von Thermofenstern. Die Berufung hat auch offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Die Berufungsbegründung hat nicht aufzeigen können, dass das angefochtene Urteil auf einer Rechtsverletzung gemäß § 546 ZPO beruht oder dass die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen.

26
Das Urteil erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig, weil ein Schadensersatzanspruch der Klagepartei nicht substantiiert vorgetragen ist:

27
1. Das streitgegenständliche Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung erfasst, vgl. die über die Homepage des KBA allgemein zugängliche Übersicht zu Rückrufen (Stand 28.06.2021, abrufbar unter https://www.kba.de/DE /Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/uebersicht2.pdf? blob=publication File& v=2), die auch der Senat als offenkundig im Sinne von § 291 ZPO bewertet. Dem ist die Berufung auch nicht entgegen getreten. Der als Anlage BB 3 vorgelegte Rückrufbescheid betrifft nicht das streitgegenständliche Fahrzeug, sondern einen … .

28
2. Auch aus den sonstigen von der Klagepartei angeführten Rückrufen des Kraftfahrtbundesamtes gegenüber der Beklagten wegen von dieser hergestellter 3.0 Liter Diesel-Motoren ergeben sich 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.

29
Nach der Übersicht des Kraftfahrtbundesamts besteht zu Fahrzeugen nach der Schadstoffklasse Euro 5 der Beklagten überhaupt nur ein einziger Eintrag, und zwar aus dem Oktober 2019 (Rückruf …); 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 mit Schriftsatz vom 10.03.2021, dort unter 3., ausführlich vorgetragen, dass die von einem Rückruf betroffenen EU-5-Fahrzeuge, auch gemäß dem Rückruf Nr. … – eben zur Erzielung der höheren Leistungsstärke – anders konstruiert sind, nämlich mit einem Bi-Turbo-Motor und nicht bloß mit einem Mono-Turbo-Motor wie das streitgegenständliche Fahrzeug. Dem ist die Klagepartei erstinstanzlich und auch in der Berufung nicht entgegengetreten. Es fehlt damit insgesamt an Vortrag dazu, dass die Abgasnachbehandlungstechnologie mit den vom Kraftfahrtbundesamt verpflichtend zurückgerufenen Fahrzeugen vergleichbar sei (vgl. die insoweit von der Klagepartei zitierte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung, OLG Stuttgart und Brandenburgisches OLG).

30
Der Rückruf des KBA vom 23.01.2018 betrifft nur Fahrzeuge der Schadstoffklasse 6, die wegen der unterschiedlichen technischen Anforderungen mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug nicht per se vergleichbar sind. Bezüglich des Rückrufs … wird auf die Ausführungen unter 4. verwiesen.

31
Zur Bezugnahme auf den Rückruf „…“ ist Folgendes auszuführen: Anders als die Klagepartei meint, kann insoweit nicht allein auf die Herstellerbezeichnung des Rückrufcodes abgestellt werden. Diese ist ausweislich der Übersicht des Kraftfahrtbundesamtes zu Rückrufen wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen nicht aussagekräftig, da sie unterschiedslos für alle dort gelisteten Rückrufe genannt wird, unter anderem auch für solche wegen einer bloßen Konformitätsabweichung.

32
Auch der Umstand eines freiwilligen Rückrufs, auf den sich die Klagepartei mit Hinweis auf den Rückrufcode „…“ beruft, bildet kein Indiz für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung, die eine Haftung nach § 826 BGB rechtfertigt. Anders als die Klagepartei meint, ist ein freiwilliger Rückruf gerade nicht dem Grunde nach ein verpflichtender Rückruf. Die Klagepartei wendet dazu ein, die „freiwillige Servicemaßnahme“ gehe auf eine behördliche Anordnung zurück und könne sich jederzeit in einen verpflichtenden Rückruf verwandeln. Sie nimmt hierzu Bezug auf den „Kodex zur Durchführung von Rückrufaktionen“, Stand: September 2019, des Kraftfahrtbundesamtes. Sie verweist aber ohne nähere Begründung auf die dortigen Ausführungen zu „überwachten Rückrufen“, obwohl dort nach „freiwilligen Rückrufen“, „überwachten Rückrufen“ und „angeordneten Rückrufen“ differenziert wird (ebenda S. 6 ff.); genauso in dem weiter zitierten „Bericht zur Wirksamkeit von Softwareupdates“. Danach sieht das Kraftfahrtbundesamt bei „freiwilligen Rückrufen“ im Regelfall die Maßnahmen des verantwortlichen Herstellers als ausreichend an.

33
Auch die – von der Beklagten bestrittene – Behauptung, in dem Fahrzeug sei ein Motor EA 897 verbaut, bildet keinen hinreichenden Anhaltspunkt.

34
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, hier: …). 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.

35
Maßgeblich bleibt damit der konkrete Motorkennbuchstabe. 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). Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof fortgeführt mit Urteil vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/20. In diesem Verfahren werden insoweit Presseberichte, ein formelles Anhörungsverfahren des KBA gerade wegen der behaupteten Abschalteinrichtung sowie später erfolgte amtliche Rückrufe des KBA wegen des dort streitgegenständlichen Motors vom Typ … genannt. Zudem wird ausgeführt, dass die Beklagte dort selbst mitgeteilt habe, dass das KBA einen weiteren Rückrufbescheid für eine sechsstellige Zahl an …-Fahrzeugen mit …-Dieselmotor und Euro-5-Norm erlassen habe.

36
Vergleichbare Anhaltspunkte bestehen hier nicht.

37
3. Hinsichtlich des Thermofensters kann zugunsten der Klagepartei 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 … 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 (hier zuletzt Berufungsbegründung: 18 bis 34° C) 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, zuletzt Urteile des Bundesgerichtshofs vom 16.09.2021, vgl. Pressemitteilung des BGH vom 16.09.2019 Nr. 173/2021).

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 diese 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. Entscheidend ist das Vorstellungsbild der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung –

spätestens dem Eintritt des behaupteten Schadens in Form des Vertragsschlusses – hier am 12.09.2013 (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
Eine allgemeine Offenbarungspflicht zum Thermofenster ergibt sich nicht aus BGH, Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19. Die von der Klagepartei insoweit in Bezug genommene Passage (Rdnr. 22 ff.) bezieht sich auf die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit und damit Berücksichtigungspflicht von Sachvortrag in dem dort entschiedenen Verfahren. Inhaltlich ging es um den Vortrag, die Beklagte im dortigen Verfahren habe unzutreffende Angaben im Typengenehmigungsverfahren gemacht. Hierin liegt ein maßgeblicher Unterschied zum hiesigen Verfahren, in dem die Klagepartei behauptet hat, das Thermofenster sei nicht offengelegt worden Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesetzeslage zum Thermofenster gerade nicht unzweifelhaft und eindeutig war, was die bekannte kontrovers geführte Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmevorschrift in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung 715/2007/EG belegt. Denn noch im Jahr 2016 – also zu einem Zeitpunkt, in dem der … -konzern bereits massiv in der Kritik stand wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen – wurde in dem vom Kläger in Bezug genommenen Bericht der vom Bundesinnenministerium eingesetzten „Untersuchungskommission …“, 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 zu jener Zeit jedenfalls nicht unvertretbar. Nach der Entscheidung des europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-693/18 mag dies anders 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 lediglich pauschal behauptet, das Thermofenster sei in der konkreten Ausgestaltung dem Kraftfahrtbundesamt bei Beantragung der Typengenehmigung nicht offen gelegt worden.

42
Dieser klägerische Vortrag bildet, auch unter Berücksichtigung der Zertifizierung der Beklagten nach der ISO 9001, kein Indiz dafür, dass die für die Beklagte handelnden Personen im Bewusstsein der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung handelten. Denn nach der Behauptung der Beklagten handelte es sich gerade um eine zulässige Technologie, weshalb aus ihrer – damals 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 gilt umso mehr als der Einsatz von Thermofenstern in Dieselfahrzeugen der Europäischen Kommission schon im Jahr 2008 bekannt war; Dieselfahrzeuge waren dementsprechend explizit von der Prüfung Typ 6 zur Messung von Emissionen bei niedrigen Temperaturen (bei denen der Einsatz von Thermofenstern zu einer geringeren Stickoxidverringerung führt) ausgenommen (Art. 3 Abs. 9 der Verordnung (EG) Nr. 692/2008).

43
Ungeachtet der Frage der Verspätung erfolgt auch unter Berücksichtigung des Vorbringens zu einem Mustertypengenehmigungsbogen der Volkswagen AG die zweitinstanzliche Behauptung der Klagepartei, die Beklagte habe unwahre Angaben gemacht bei den Angaben zum Funktionieren des Abgasrückrückführungssystems bei niedrigen Temperaturen, ersichtlich ins Blaue, zumal in Anpassung an die erstinstanzlich Beurteilung zur Nichtmaßgeblichkeit der Frage der Offenlegung: Angaben der … AG in einem Mustertypengenehmigungsbogen sind nicht geeignet, die Behauptung zu untermauern, die Beklagte habe unwahre Angaben gemacht in Bezug auf Fahrzeuge ihrer Produktion mit Motoren aus ihrer Entwicklung. Überdies ist die bloße Angabe zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems – zumal mit

dem Hinweis auf die Anpassung/Optimierung der AGR-Rate u.a. hinsichtlich der Ansauglufttemperatur – und zum Funktionieren des AGR bei niedrigen Temperaturen, nicht geeignet, unwahre Angaben zum Thermofenster und der AGR herauszulesen (vgl. Art. 3 Nr. 9, 4. Absatz der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission vom 18. Juli 2008 zur Durchführung und Änderung der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABl. L 199 vom 28.07.2008, S. 1 ff.).

44
Die Ausführungen in dem „Ergänzungsgutachten“ aus einem Verfahren vor dem Landgericht Bielefeld vom 31.08.2020 sind – 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.

45
4. Zum Vortrag einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i.S.v. § 826 BGB wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung mittels einer Lenkwinkelerkennung im Rahmen eines „Warmlaufmodus“ beim Getriebe … 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 hat die Klagepartei zwar behauptet, doch die von ihr insoweit zum Beleg vorgelegten Unterlagen bestätigen dies gerade nicht: Aus den Ausführungen gemäß Bl. 363, 364, 366 d.A. ergibt sich, die NOxGrenzwerte (Diesel) würden eingehalten, und gemäß der auf Bl. 368 d.A. wiedergegebenen Seite der Anlage wird ausgeführt, dass die Unterschiede im Hinblick auf die NOx-Emissionen zumeist gering seien und dass nach den bisherigen Tests an gebrauchten Fahrzeugen auch nach Ausbedatung bei Dieselfahrzeugen die NOx-Grenzwerte im NEFZ zumeist eingehalten würden. Dies trägt schon den Vorwurf des objektiv sittenwidrigen Verhaltens im Sinne von § 826 BGB nicht.

46
Hinzu kommt, dass das Kraftfahrtbundesamt ausweislich des Eintrags unter der Referenznummer 7130 in der Rückrufdatenbank auf seiner Homepage – die der Senat als offenkundig bewertet i.S.v. § 291 ZPO – die Beschreibung des Rückrufgrundes berichtigt und auf Fahrzeuge der Modelle … und … beschränkt hat. Der Rückruf bezieht sich nicht mehr auf eine unzulässige Abschalteinrichtung hinsichtlich des Emissionskontrollsystems, sondern lautet nunmehr nur noch „Konformitätsabweichung Antriebssteuerungssoftware“. Hierauf hat die Beklagte bereits erstinstanzlich hingewiesen. Eine bloße Konformitätsabweichung vermag aber den Tatbestand der objektiven Sittenwidrigkeit von vornherein nicht zu begründen, unabhängig von der Frage der konkreten Vergleichbarkeit.

47
5. Weitere behauptete Abschalteinrichtungen sind nicht substantiiert vorgetragen. Es fehlt insoweit an greifbaren Anhaltspunkten für ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten:

48
Nach allgemeinen Grundsätzen trägt derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Voraussetzung ist stets ein schlüssiger und erheblicher Sachvortrag der zunächst darlegungs- und beweisbelasteten Klagepartei. 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. Insoweit besteht ein Wechselspiel. 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.

49
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 – wie hier die Klagepartei – 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). Soweit nicht bereits zu den behaupteten Abschalteinrichtungen (zu Thermofenster und Lenkwinkelerkennung, s.o.) Stellung genommen wurde, fehlt es auch im Übrigen an greifbaren Anhaltspunkten:

50
a) Soweit sich die Klagepartei darauf beruft, Messungen hätten ergeben, dass die zulässigen Grenzwerte bei anderen Prüfungen als solchen im Rahmen des Prüfzyklus 1 (NEFZ) vielfach höhere Abgaswerte zeigen, genügt der Vortrag nicht den Anforderungen als „greifbare Anhaltspunkte“ im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung, vgl BGH, Urteil vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/21.

51
b) Keinen tauglichen Anhaltspunkt bietet auch der erstinstanzliche Vortrag zur behaupteten Manipulation des OBD. Denn die behaupteten Manipulationen dienen nach dem Vortrag der Klagepartei der Verdeckung der behaupteten prüfstandsgebundenen Stickoxidreduktion durch unzulässige Abschalteinrichtungen. Das OBD überwacht nur die abgasbeeinflussenden Systeme, wirkt aber auf diese nicht ein. Keine Fehlermeldungen durch das OBD haben damit solange keinen Indizcharakter, als keine hinreichend greifbaren Anhaltspunkte für eine damit verschleierte unzulässige Abschalteinrichtung vorliegen. Hinzu kommt Folgendes: In Anhang XI der Verordnung (EG) Nr, 692/2008 werden zwar sog. OBD Grenzwerte festgelegt, dies streitet aber schon deshalb nicht indiziell für die Kenntnis einer unzulässigen Abschalteinrichtung, weil sich die OBD Schwellenwerte auf die NEFZ Messung beziehen, vgl. Anhang 11 UN/ECE Regelung Nr. 83, bei der aber die Grenzwerte auch nach dem Vortrag der Klagepartei eingehalten werden. Auch stellt das OBD selbst keine Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 dar, weil es keine Funktion des Emissionskontrollsystems aktiviert, verändert, verzögert oder deaktiviert (vgl Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007).

52
c) Zu der erstinstanzlich behaupteten Drosselung von Leistung und Verbrauch auf dem Prüfstand zur Reduzierung von Emissionen bzw. einer sogenannten Zykluserkennung und der behaupteten „etwas komplizierter konstruierten Betrugssoftware“, der „höheren Abgasrückführungsquote nur für den Rollenprüfstand“ und der „Leistungsreduzierung“, um Emissionen zu senken, und der Aufheizstrategie ist nicht substantiiert vorgetragen, wie die Klagepartei darauf kommt, dass entsprechende Einrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhanden sind, inwiefern sie hinsichtlich der Emissionen grenzwertrelevant sind und worin jeweils das sittenwidrige Verhalten der Beklagten liegen soll.

53

6. Der Hinweis, die Beurteilung des KBA sei falsch oder nicht bindend, ersetzt keinen substantiierten Sachvortrag.

54
7. Schließlich bilden die von der Klagepartei vorgetragenen Aspekte auch in ihrer Gesamtschau keine hinreichenden Anhaltspunkte im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung.

55
Insbesondere kann nicht allein aufgrund des Vortrags allgemein zur Entwicklung von Abschalteinrichtungen im …-konzern und zu – in Bezug auf den Hersteller, die Schadstoffnorm, 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.

56
8. 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 und die von der Klagepartei zitierte abweichende Rechtsprechung anderer Gerichte – soweit es sich überhaupt um abschließende Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte handelt – teilweise überholt (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, vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19, vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20, vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/20, sowie Urteile vom 16.09.2021). 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).

57
9. Es ist beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 30.567,25 € festzusetzen.

III.

58
Zur Vermeidung weiterer Kosten wird der Klagepartei daher die Rücknahme der offensichtlich aussichtslosen Berufung empfohlen – eine Rücknahme der Berufung würde zu einer Kostenersparnis in Höhe von zwei Gerichtsgebühren führen, Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses.