
Datum: 18.01.2022
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 156/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2022:0118.4U156.20.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 8 O 13/20
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, VIa ZR 347/22

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 03.09.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Bielefeld (8 O 13/20) wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:	1
I.	2
Der Kläger nimmt die Beklagte wegen des behaupteten Einsatzes unzulässiger Abschalteinrichtungen für die Abgasreinigung in seinem Fahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.	3
Am 00.00.2014 erwarb der Kläger zu einem Kaufpreis in Höhe von 28.000,00 € einen VW Golf VII Variant 2.0. Zu diesem Zeitpunkt wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 13.469 km auf. Es ist mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs <u>EA 288</u> (Abgasnorm Euro 5) ausgestattet. Dieser ist ein Nachfolgemodell des ebenfalls von der	4

Beklagten produzierten Motors EA 189, der aufgrund von unzulässigen Abschalteinrichtungen Gegenstand einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten ist. Bei dem Motor EA 288 erfolgt – wie bei dem Motor EA 189 – die Reduzierung der Stickstoffemission über die sogenannte Abgasrückführung. Dabei wird ein Teil des Abgases der frisch angesaugten Umgebungsluft beigemischt und in den Motor zurückgeführt. Dadurch verändert sich die chemische Zusammensetzung des Gemischs, was Einfluss auf die anschließende Verbrennung und damit auf den Ausstoß von Abgasen hat. Die Höhe des Abgasanteils wird durch die Motorsteuerungssoftware bestimmt. Dabei kommt ein sogenanntes Thermofenster zum Einsatz, das bewirkt, dass die Abgasrückführung bei bestimmten Außentemperaturen reduziert und dadurch der Schadstoffausstoß erhöht wird. Zwischen den Parteien ist streitig, bei welchen Umgebungstemperaturen die Abgasrückführung reduziert, bzw. deaktiviert wird. Bei Erwerb des Fahrzeugs war im Softwaresystem auch eine Fahrkurvenerkennung („Fahrkurve“) eingepflegt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob diese Einfluss auf den Schadstoffausstoß genommen hat.

Das Fahrzeug unterliegt keinem verpflichtenden Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) und verfügt über eine wirksame EG-Typengenehmigung. Im Zusammenhang mit dem sogenannten „Dieselskandal“ hinsichtlich des von der Beklagten hergestellten Motors EA189 nahm das KBA eingehende Prüfungen des Motors EA 288 vor. Umfangreich wurde der Motor zunächst 2015/2016 im Rahmen der „Untersuchungskommission Volkswagen“ auf unzulässige Abschalteinrichtungen überprüft. Im Zusammenhang mit der Prüfung und Freigabe von freiwilligen Software-Updates für EA288-Aggregate im Rahmen des Nationalen Forums Diesel (2017/2018) und anlässlich spezifischer Feldüberwachungen als Marktüberwachungsbehörde (2019/2020) stellte das KBA bei keinem untersuchten Fahrzeug mit einem EA 288-Aggregat eine unzulässigen Abschalteinrichtungen fest. In zahlreichen amtlichen Auskünften bestätigte das KBA, dass EA 288 EU 5/EU 6 Motoren keine unzulässigen Abschalteinrichtungen enthalten, insbesondere auch nicht in Form eines unzulässigen Thermofensters. 5

Der Kläger hat behauptet, dass der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Motor unzulässige Abschalteinrichtungen aufweise. Wie bei dem Motor EA189 komme eine Rollenprüfstandserkennung zum Einsatz. Diese bewirke, dass das Fahrzeug erkenne, ob der Motor sich auf dem NEFZ-Prüfstand oder im realen Betrieb befinde. Die Abgasrückführung werde im realen Betrieb ausgeschaltet, so dass erheblich mehr Abgase entstünden. 6

Als weitere Abschalteinrichtung komme ein Thermofenster zum Einsatz. Dieses schalte die Abgasreinigung im realen Betrieb bei den in Deutschland herrschenden Außentemperaturen aus, so dass die Abgasreinigung nur innerhalb eines engen Temperaturbereichs funktioniere. Außerhalb dieses Thermofensters würden die Grenzwerte für den Stickoxidausstoß überschritten. 7

Ferner verfüge das Fahrzeug über eine betriebszeitabhängige Motorsteuerung. Dadurch werde bei längerer Fahrdauer die Abgasreinigung reduziert, so dass es im realen Betrieb zu signifikant höherem Ausstoß von Schadstoffen komme. 8

Über die gesetzeswidrige Optimierung der Motorsteuerungssoftware sei er bei Erwerb des Fahrzeugs getäuscht und in sittenwidriger Weise geschädigt worden. 9

Mit seiner am 22.12.2018 beim Landgericht Lübeck eingegangenen und der Beklagten am 18.01.2019 zugestellten Klage hat der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 28.800,00 € Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs und Feststellung des Annahmeverzugs beantragt. Antragsgemäß hat das Landgericht Lübeck den Rechtsstreit 10

durch Beschluss vom 13.01.2020 an das Landgericht Bielefeld verwiesen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Bielefeld am 14.05.2020 war der Kläger säumig. Auf Antrag des Beklagten hat das Landgericht die Klage durch ein am 14.05.2020 verkündetes Versäumnisurteil abgewiesen. Gegen das dem Klägervertreter am 28.05.2020 zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger mit einem am 11.06.2020 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

11

das Versäumnisurteil vom 14.05.2020 aufzuheben und

12

1.

13

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 28.800,00 € abzüglich einer durch das Gericht zu bemessenden Nutzungsentschädigung nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des PKW VW Golf VII Variant 2,0 TDI DSG, FIN: N01 an die Beklagte;

14

2.

15

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots gemäß Ziff. 1 in Verzug befindet.

16

Die Beklagte hat beantragt,

17

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten und die Klage abzuweisen.

18

Mit näheren Ausführungen hat die Beklagte in Abrede gestellt, dass der Motor mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung versehen sei.

19

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil das Versäumnisurteil vom 14.05.2020 aufrechterhalten und ausgeführt, dass ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte nicht bestehe. Der Kläger habe nicht schlüssig dargelegt, dass der Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung versehen sei. Hinsichtlich der Einzelheiten der rechtlichen Bewertung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

20

Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 05.10.2020 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens mit der Berufung. Er beruft sich weiterhin darauf, dass die Beklagte zur Manipulation der Abgaswerte auf eine Vielzahl von unzulässigen Abschaltseinrichtungen an unterschiedlichen Stellen zurückgreife. So unterscheide sich das Abgasverhalten der Fahrzeuge im Realbetrieb von demjenigen auf dem Prüfstand. Die gesetzlichen Grenzwerte würden nur auf dem Prüfstand eingehalten. Das Landgericht habe sich hauptsächlich mit dem sogenannten Thermofenster befasst und dabei unberücksichtigt gelassen, dass sich ein Anspruch des Klägers auch auf Grundlage der Betriebszeitsteuerung und des Einsatzes einer Fahrkurve ergebe.

21

Das Landgericht habe verkannt, dass der Kläger hinreichende Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Prüfzykluserkennung (Fahrkurve) dargelegt habe. Dabei handele es sich um eine mit der Umschaltlogik der Motorbaureihe EA189 vergleichbare Funktion der Motorsteuerungssoftware. Aus Messungen des BMVI ergebe sich, eine deutliche Erhöhung der Emissionswerte im Realbetrieb im Vergleich zu den Labormessungen. Dies sei im

22

Ergebnis unstreitig. Auch aus dem Vortrag der Beklagten ergäben sich entsprechende Anhaltspunkte. Dazu verweist der Kläger darauf, dass die Beklagte behauptet habe, dass es an einer grenzwertkausalen Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Normalbedingungen fehle. Die Beklagte berufe sich damit weder darauf, dass eine Fahrkurve nicht installiert sei, noch darauf, dass die Emissionen auf dem Prüfstand nicht verringert würden. Bestritten werde lediglich, dass die Fahrkurve grenzwertkausal sei, was irrelevant für die Annahme einer unzulässigen Abschaltelinrichtung sei. Das Landgericht habe verkannt, dass es zu einer Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast gekommen sei. Die Beklagte habe zu beweisen, dass die in dem Motor „verbaute“ Fahrkurve (Zykluserkennung) sich nicht wie von ihr behauptet auswirke.

Fehlerhaft habe das Landgericht in der Entscheidung auch darauf abgestellt, dass der Kläger sein Vorbringen nicht „stichhaltig belegt“ habe. Zu dem schlüssigen Vortrag hätte das Landgericht dann jedenfalls das bereits erstinstanzlich angebotene Sachverständigengutachten einholen müssen. 23

Das unstreitig angelegte Thermofenster sei eine Abschaltelinrichtung. Innerhalb eines in der Motorsteuerungssoftware definierten Temperaturrahmens funktioniere die Abgasrückführung ohne Einschränkungen. Liege die Umgebungstemperatur über oder unter dem vordefinierten Temperaturrahmen, werde aber die Abgasrückführung reduziert und – abhängig von der Temperatur – sogar ganz ausgeschaltet. Die Beklagte müsse darlegen und beweisen, dass ohne diese Abschaltelinrichtung ein sicherer Betrieb des Fahrzeugs nicht gewährleistet sei und dass diese nach dem Stand der Technik nicht vermeidbar gewesen sei. Der Vortrag der Beklagten sei daher unzureichend, was der Kläger näher ausführt. Zu Unrecht habe das Landgericht sich nicht mit den technischen Eigenheiten des Thermofensters befasst und auch fehlerhaft keinen Beweis dazu erhoben, in welchen Temperaturbereichen die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug tatsächlich stattfinde, obwohl es maßgeblich auf die individuelle Ausgestaltung des Thermofensters ankomme. 24

Ein Anspruch des Klägers könne auch nicht unter Hinweis auf den Bericht der Untersuchungskommission VW abgelehnt werden, da der Bericht sich nicht auf Motoren mit Euro 5 – Norm beziehe. Zudem sei die Sichtweise des KBA und des BMVI für das Gericht nicht bindend. Mit Nichtwissen bestreitet der Kläger eine etwaige Kenntnis aller in dem Fahrzeug vorhandenen Abschaltelinrichtungen durch das KBA. 25

Der Beklagten bzw. ihren Repräsentanten und Vertretern sei von Anfang an bekannt gewesen, dass eine unerlaubte Abschaltelinrichtung in den Fahrzeugen verbaut werde, womit sie vorsätzlich gehandelt habe. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass sie sich über die Zulässigkeit der Abschaltelinrichtungen geirrt habe. Daher stehe dem Kläger ein Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte zu. Der Einsatz einer unzulässigen Abschaltelinrichtung sei grundsätzlich als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung anzusehen, was der Kläger näher ausführt. 26

Mit Schriftsatz vom 07.01.2022 behauptet der Kläger erstmals eine Manipulation des On-Board-Diagnosesystems (OBD), der Einstellung des Batterie-Ladevorgangs und der Getriebesteuerung. Ferner trägt er zu Messungen des BMVI und der M. vor. 27

Das Fahrzeug halte die Grenzwerte nicht ein, ohne dass eine entsprechende Fehlermeldung erfolge. Dies sei bei ordnungsgemäß funktionierenden OBD-Systemen aber zu erwarten. Damit die mit Abschaltelinrichtungen ausgestatteten Fahrzeuge überhaupt die Abgasuntersuchung bestehen könnten, habe die Beklagte die OBD-Systeme so programmiert, dass bei der Inspektion eine ordnungsgemäße Funktion der Abgassysteme 28

gemeldet werde.

Das Ladeverhalten der Batterie führe dazu, dass auf dem Prüfstand weniger Kraftstoff verbraucht und daher die Emissionen gesenkt würden, was der Kläger näher ausführt. 29

Das im Fahrzeug verbaute Automatikgetriebe weise zwei Betriebsmodi auf. Auf dem Prüfstand nutze das Fahrzeug einen „WU-Modus“ (Warmlaufmodus), was den Schadstoffausstoß reduziere. 30

Die Einschätzung des KBA im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens sei nicht erheblich für die Frage, ob am streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung verwendet werde. Das KBA führe im Rahmen der Typengenehmigung keine eigenen Messungen durch, sondern verlasse sich auf die Prüfung der von den Fahrzeugherstellern zur Verfügung gestellten technischen Diensten. Damit bestimme der Hersteller, welche Informationen zur Prüfung überlassen würden. Die Beurteilung, ob eine unzulässige Abschalteinrichtung vorliege, sei daher nicht von einer Entscheidung des KBA abhängig. Es sei nicht auszuschließen, dass das KBA bestimmte Strategien bis zum heutigen Tag nicht habe aufdecken können oder wollen. 31

Messungen des Emissions-Kontroll-Instituts der M. belegten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug die gesetzlichen Grenzwerte nicht einhalte und über unzulässige Abschalteinrichtungen verfüge. Da diese aber vom KBA ursprünglich so bescheinigt worden sei, folge daraus, dass zum Überprüfungszeitpunkt eine illegale Abschalteinrichtung installiert und aktiviert worden sein müsse. 32

Der Kläger beantragt nunmehr, 33

das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 03.09.2020 abzuändern und unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Landgerichts Bielefeld vom 14.05.2020 34

1. 35

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 28.800 € abzüglich einer durch das Gericht zu bemessenden Nutzungsentschädigung nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des PKW VW Golf VII Variant 2,0 TDI DSG, FIN: N01 an die Beklagte; 36

2. 37

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Angebots gemäß Ziff. 1 in Verzug befindet. 38

Die Beklagte beantragt, 39

die Berufung zurückzuweisen. 40

Mit näheren Ausführungen verteidigt sie das angefochtene Urteil gegen die Berufung des Klägers. Dazu verweist sie zunächst darauf, dass das KBA für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp nach eingehender Untersuchung mehrfach bestätigt habe, dass dieser keine unzulässige Abschalteinrichtung enthalte. Mit näheren Ausführungen legt sie erneut dar, dass es sich bei dem eingebauten Thermofenster nicht um eine unzulässige Abschalteinrichtung handele. Dies gelte auch für die Fahrkurvenerkennung. Das streitgegenständliche Fahrzeug 41

erkenne zwar aufgrund dieser Technik den Prüfzyklus, wenn es diesen durchfahre, an die Fahrkurvenerkennung seien aber – wie auch das KBA festgestellt habe - keine Funktionen mit Auswirkungen auf die Schadstoffemission geknüpft. Für das Fahrzeug habe zu keinem Zeitpunkt ein Stilllegungsrisiko bestanden. Eine sittenwidrige Schädigung sei nicht feststellbar.

II. 42

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil zu Recht das klageabweisende Versäumnisurteil vom 14.05.2020 aufrechterhalten. Auch unter Berücksichtigung der mit der Berufung erhobenen Einwendungen besteht kein Anlass zu einer abweichenden rechtlichen Bewertung zu Gunsten des Klägers. 43

1. 44

Dem Kläger steht gegen die Beklagte dem Grunde nach kein Anspruch auf Erstattung des für den Erwerb des Personenkraftwagens verauslagten Kaufpreises abzüglich eines Vorteilsausgleichs für die gezogenen Nutzungen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des in Rede stehenden Kraftfahrzeuges zu. Die Voraussetzungen der allein in Betracht kommenden Anspruchsnorm - §§ 826, 31 BGB – sind nicht erfüllt. 45

a) 46

Gemäß § 826 BGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, diesem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet (vgl. dazu grundlegend: BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rdn. 12 ff.; Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, juris Rdn. 33). 47

Der Kläger hat eine sittenwidrige Schädigung der Beklagten im Sinne von § 826 BGB jedoch nicht schlüssig vorgetragen. Nach der mittlerweile zu einer Vielzahl vergleichbarer Fälle ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung könnte eine sittenwidrige Schädigung dann vorliegen, wenn die Beklagte die Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug durch eine arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes erschlichen hätte. Dies stünde wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung des Käufers gleich (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rdn. 25; BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 397/19, juris Rdn. 11; BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 367/19, juris Rdn. 13). 48

b) 49

Dies würde aber voraussetzen, dass die Beklagte zunächst überhaupt eine unzulässige Abschalteinrichtung in dem streitgegenständlichen Pkw VW Golf VII Variant, 2,0 TDI mit dem Motor EA 288 verbaut hat. Dazu fehlt bereits hinreichender Vortrag. 50

aa) 51

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat (BGH, Beschluss vom 12.09.2012 – IV ZR 52/14 –, juris, Rdnr. 27; HansOLG Bremen, Urteil vom 24.09.2021 – 2 U 43/21 –, juris, 52

Rdnr. 36). Einer Partei ist es 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 der Kläger - nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Beklagten hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder Abgasverminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (vgl. BGH, Urteil vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17 –, juris, Rdnr. 13; BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19 –, juris, Rdnr. 8; BGH, Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20 –, juris, Rdnr. 21; HansOLG Bremen, Urteil vom 24.09.2021 – 2 U 43/21 –, juris, Rdnr. 36). Eine Behauptung ist erst 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; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99 –, juris Rdnr. 13; BGH, Urteil vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17 –, juris, Rdnr. 13; BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19 –, juris, Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20 –, juris, Rdnr. 21; HansOLG Bremen, Urteil vom 24.09.2021 – 2 U 43/21 –, juris, Rdnr. 36).

bb) 53

Ausgehend von diesen Grundsätzen, bleibt die Behauptung des Klägers, der von ihm am 00.00.2014 erworbene Pkw verfüge über eine oder gar mehrere unzulässige Abschalteinrichtungen, unsubstantiiert. Es fehlt im Hinblick auf die erfolgte Überprüfung des Motors EA 288 durch das KBA an greifbaren Anhaltspunkten für die Richtigkeit dieser Behauptung. 54

(1) 55

Zutreffend weist der Kläger in diesem Zusammenhang darauf hin, dass allein auf Grundlage der Prüfungen des KBA bei Erteilung einer Typengenehmigung sicherlich nicht festgestellt werden kann, dass eine unzulässige Abschalteinrichtung nicht zur Anwendung gelangt. Allerdings hat das KBA hier in umfangreichen Untersuchungen über einen langen Zeitraum nach Bekanntwerden der Manipulation des Motors EA 189 gezielt nach unzulässigen Abschalteinrichtungen des Motors EA 288 gesucht, ohne entsprechende Feststellungen zu treffen. 56

Die Beklagte hat – unbestritten – vorgetragen, dass das Kraftfahrtbundesamt Fahrzeuge mit dem Dieselmotor EA 288 nach Abschluss des Typengenehmigungsverfahrens in hohem Umfang auf das Vorliegen von unzulässigen Abschalteinrichtungen untersucht habe. Kein anderer Motor der Beklagten oder eines anderen Herstellers sei intensiver untersucht worden als der EA 288-Motor, und zwar über fünf Jahre in drei Phasen: Zunächst sei der Motor in den Jahren 2015 und 2016 durch intensive Untersuchungen und Tests des Kraftfahrt-Bundesamts im Rahmen der „Untersuchungskommission Volkswagen“ geprüft worden, sodann von 2017 bis 2019 vor der Genehmigung freiwilliger Softwareupdates für EA 288-Fahrzeuge, wobei die Genehmigung der Softwareupdates vorausgesetzt habe, dass in der vorherigen amtlichen Untersuchung keine unzulässige Abschalteinrichtung festgestellt wurde. Schließlich seien von 2019 bis 2020 durch das Kraftfahrtbundesamt spezifische Feldüberwachungen an verschiedenen EA 288-Fahrzeugen durchgeführt worden. Bei keiner dieser Untersuchungen sei das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung festgestellt worden. 57

Ebenso unstreitig hat das Kraftfahrt-Bundesamt dieses Untersuchungsergebnis in zahlreichen amtlichen Auskünften verschiedenen Gerichten in ganz Deutschland bestätigt. Dies gilt auch für den in dem hier streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor EA 288 – Euro 5. Einen amtlich veranlassten Rückruf von EA 288-Fahrzeugen wegen des Vorliegens einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gab es zu keinem Zeitpunkt, noch gab es jemals eine behördliche Anordnung zur Installation eines Softwareupdates. Vor diesem Hintergrund stellen sich die Behauptungen des Klägers zum Vorliegen einer oder mehrerer unzulässiger Abschaltvorrichtungen in ihrem Fahrzeug lediglich als willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellte Anschuldigungen ohne jede Substanz dar (vgl. hierzu auch OLG Frankfurt, Urteil vom 28.09.2021 – 24 U 208/20 –, juris, Rdnr. 39). Eine abweichende Bewertung des Sachvortrags des Klägers kam auch nicht deshalb in Betracht, weil dieser mit Nichtwissen bestritten hat, dass das KBA Kenntnis von allen in dem Fahrzeug vorhandenen Abschaltvorrichtungen habe. Vielmehr hätte der darlegungs- und beweisbelastete Kläger dazu vortragen müssen, aus welchem Grund er Anlass zu der Annahme hat, dass trotz der fachkundigen intensiven Überprüfung des KBA die von ihm behaupteten Abschaltvorrichtungen unentdeckt geblieben sind. Das Vorbringen des Klägers ist damit nicht schlüssig.

(2) 59

Dies gilt auch und insbesondere für das Vorbringen des Klägers zum Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form eines sogenannten Thermofensters. Unstreitig verfügt der Pkw des Klägers über eine Außentemperaturgesteuerte Abgasrückführung. Nach den Angaben der Beklagten ist die Abgasrückführung innerhalb eines Außentemperaturbereichs (Thermofensters) von -24°C bis +70°C zu 100% aktiv. Die gegenteilige (pauschale) Behauptung des Klägers, das Thermofenster sei deutlich enger, ist – wiederum vor dem Hintergrund der umfassenden Untersuchungen des Kraftfahrt-Bundesamtes zu EA 288-Fahrzeugen – unsubstantiiert. Konkrete Anhaltspunkte für ein solch eng gefasstes Thermofenster – zu dem der Kläger auch keine näheren Ausführungen macht – sind nicht ersichtlich. Aus dem Klägervortrag erschließt sich nicht einmal, aus welchen Gründen der Kläger überhaupt auf ein derart eng gefasstes Thermofenster schließen will.

Entgegen der Auffassung des Klägers muss die Beklagte daher keinesfalls darlegen und beweisen, dass ohne dieses Thermofenster ein sicherer Betrieb des Fahrzeugs nicht gewährleistet ist und dass diese nach dem Stand der Technik nicht vermeidbar war. Der unsubstantiierte Klägervortrag gab keinen Anlass zu einer Beweiserhebung zu der Frage, in welchen Temperaturbereichen die Abgasrückführung tatsächlich stattfindet.

(3) 62

Auch eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form einer sogenannten Prüfzykluserkennung/Fahrkurve hat der Kläger nicht substantiiert dargelegt. Unstreitig war das streitgegenständliche Fahrzeug bei Erwerb zwar mit einer derartigen „Fahrkurve“ ausgestattet, aus dem Vorbringen des Klägers ergibt sich jedoch nicht, dass es sich dabei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handeln könnte.

Die Beklagte hat insoweit dargelegt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug aufgrund dieser Technik den Prüfzyklus erkennt, wenn es diesen durchfährt, an die Fahrkurvenerkennung seien aber keine Funktionen mit Auswirkungen auf die Schadstoffemission geknüpft. Die Fahrkurvenerkennung habe keine Auswirkungen auf die Schadstoffemissionen. Auch insoweit ist zu beachten, dass das Kraftfahrtbundesamt den Motor mehrfach untersucht und eine Abschaltvorrichtung in diesem Zusammenhang nicht

festgestellt hat. Entgegen der Auffassung des Klägers hat die Beklagte daher nicht darzulegen und zu beweisen, dass sich die Fahrkurve nicht in dem vom Kläger behaupteten Sinn auswirkt.

(4) 65

Zu der vom Kläger behaupteten „Betriebszeitsteuerung“ fehlt jegliches Vorbringen. Insoweit beschränkt sich der Kläger auf die Behauptung der Existenz dieser Abschaltvorrichtung, was ersichtlich unzureichend ist. 66

(5) 67

Für die vorliegende Entscheidung kann offenbleiben, ob der Vortrag des Klägers aus dem Schriftsatz vom 07.01.2022 – mit dem er in diesem Rechtsstreit erstmals zu angeblichen Manipulationen des On-Board-Diagnosesystems (OBD), der Einstellung des Batterie-Ladevorgangs und der Getriebesteuerung vorträgt - überhaupt nach § 531 ZPO zu berücksichtigen ist. Dieser ergänzende Vortrag verhilft der Klage ebenfalls nicht zur Schlüssigkeit. Auch insoweit fehlt es unter Berücksichtigung der erfolgten Überprüfungen durch das KBA an greifbaren Anhaltspunkten für die behaupteten Manipulationen. Aus dem Vorbringen des Klägers erschließt sich nicht, wie diese im Rahmen der erfolgten Überprüfungen unentdeckt geblieben sein könnten. 68

(6) 69

Eine abweichende Gewichtung der Anforderungen an die klägerische Substantiierungslast ist auch nicht im Hinblick auf die von dem Kläger mit Schriftsatz vom 07.01.2022 angeführten Messungen des Vereins „M. e.V.“ (M.) veranlasst. Auch insoweit muss daher nicht über die Berücksichtigungsfähigkeit dieses Vorbringens nach § 531 ZPO entschieden werden. Die Messungen belegen Diskrepanzen zwischen den Schadstoffemissionen im Prüfstand und im tatsächlichen Betrieb, ein Anhaltspunkt für die behauptete Verwendung der konkreten Steuerungsstrategie ergibt sich daraus jedoch nicht (vgl. HansOLG Bremen, Urteil vom 24.09.2021 – 2 U 43/21 –, juris, Rdnr. 38). Im Übrigen zeigen die Messungen der M. zwar einen signifikanten Anstieg der NO_x-Emissionen, je niedriger die Außentemperaturen ausfallen, jedoch belegt auch dies beispielsweise nicht die Verwendung eines Thermofensters des von der Klägerin behaupteten konkreten Zuschnitts (vgl. HansOLG Bremen, Urteil vom 24.09.2021 – 2 U 43/21 –, juris, Rdnr. 38) oder einer anderen unzulässigen Abschaltvorrichtung. 70

2. 71

Mangels Schadensersatzanspruchs kommt auch ein Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs nicht in Betracht. 72

III. 73

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 74

Anlass für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) besteht nicht. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. 75

Das Urteil wurde in der Revisionsinstanz beim BGH aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht Hamm zurückverwiesen. 76

