
Datum: 30.07.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 U 43/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:0730.3U43.19.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 2 O 10/18

Tenor:

1. Der Senat weist darauf hin, dass er beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das am 21.02.2019 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln – Az. 2 O 10/18 – gem. § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

2. Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

Gründe:

I.

Die Berufung des Klägers hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 II 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 I ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 II 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 522 II 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 II 1 Nr. 4 ZPO).

1

2

3

Das Landgericht hat die Klage aus den zutreffenden Gründen, auf die der Senat ausdrücklich Bezug nimmt, abgewiesen, weil ein Mangel des streitgegenständlichen Fahrzeuges von dem Kläger nicht hinreichend substantiiert dargetan worden ist. Die Berufung, mit der sich der Kläger gegen die Abweisung seiner Klage wendet, gibt ergänzend nur zu folgenden Ausführungen Anlass:

1.

5

Vertragliche Gewährleistungsansprüche des Klägers gegen die Beklagte gemäß den §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 BGB hat das Landgericht zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen verneint, weil ein Sachmangel des streitgegenständlichen Fahrzeuges nicht mit der erforderlichen Substanz dargelegt worden ist. Dieser Einschätzung tritt der Senat auch in Ansehung des ergänzenden Vortrags des Klägers im Berufungsrechtszug bei. Die weiteren von den Parteien diskutierten Fragen der Aktivlegitimation des Klägers, der Erforderlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung und der Verjährung des geltend gemachten Anspruchs bedürfen daher keiner Entscheidung und können mit dem Landgericht ebenso dahin stehen gelassen werden wie die aufgeworfenen Fragen zur Höhe der Klageforderung.

6

Im Ausgangspunkt ist davon auszugehen, dass eine Kaufsache frei von Sachmängeln ist, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat, § 434 I 1 BGB. Ist eine Beschaffenheit nicht vereinbart, liegt eine Mangelfreiheit vor, wenn sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, § 434 I 2 Nr. 2 BGB. Ausgehend von diesem vom Landgericht der angefochtenen Entscheidung zutreffend zugrunde gelegten Maßstab ist das Landgericht ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass allein der Umstand, dass sich die Abgaswerte des streitgegenständlichen Fahrzeuges wie auch sämtlicher auf dem Markt befindlicher anderer Fahrzeuge im realen Fahrbetrieb von den auf dem Prüfstand erzielten unterscheiden, für sich allein genommen nicht als Sachmangel zu qualifizieren ist und auch nicht dazu führt, dass die Fahrzeuge den einschlägigen Euro-Normen nicht entsprechen würden. Die Euro-Normen knüpfen zur besseren Vergleichbarkeit der Prüfergebnisse an exakt normierte Prüfbedingungen an, die sich von den Bedingungen des realen Fahrbetriebs nicht unerheblich unterscheiden. Damit aber sind die vom Kläger monierten Abweichungen der Abgaswerte im realen Fahrbetrieb von denen auf dem Prüfstand systemimmanent und gerade zwangsläufige Folge der vom Gesetzgeber normierten besonderen Prüfbedingungen. Die hiergegen klägerseits in der Berufungsbegründung erhobenen Einwendungen gehen fehl. Auch der Bundesgerichtshof hat in seinem vom Kläger in diesem Zusammenhang in Bezug genommenen Beschluss vom 08.01.2019 (Az. VIII ZR 225/17, zit. n. juris) den Sachmangel nicht in diesem Umstand gesehen, sondern darauf abgestellt, dass nach den kaufvertraglichen Vereinbarungen ein Kraftfahrzeug gemäß § 434 I 2 Nr. 2 BGB eine Beschaffenheit aufweisen muss, die weder seine (weitere) Zulassung zum Straßenverkehr hindert noch ansonsten seine Gebrauchsfähigkeit aufhebt oder beeinträchtigt (vgl. BGH a.a.O. m.w.N.). Es hat diese Beschaffenheit verneint bei Fahrzeugen, die – wie im Falle des dem BGH konkret zur Entscheidung vorliegenden VW-Fahrzeuges mit dem Motor EA 189 – werkseitig mit einer Software ausgestattet sind, die erkennt, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befindet und den Stickoxidausstoß in diesem Fall durch Wechsel in einen nur für den Prüfstand bestimmten Modus gegenüber demjenigen im normalen Fahrbetrieb reduziert, um gezielt die Ergebnisse der Prüfmessung zu beeinflussen (BGH a.a.O.). In diesem Fall besteht aufgrund der unzulässigen Abschaltvorrichtung die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde, die bereits für sich gesehen einen Sachmangel begründet (BGH a.a.O.). Im Einklang mit der vorzitierten Rechtsprechung

7

des Bundesgerichtshofes hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass Fahrzeuge, die eine Manipulationssoftware aufweisen und nur unter Einsatz einer Manipulationssoftware die Voraussetzungen der jeweiligen Euro-Norm erfüllen, nicht dem Stand der Technik entsprechen und sachmangelbehaftet sind (vgl. Seite 6 der angefochtenen Entscheidung, Bl. 399 d.A.). Dieser Maßstab ist aus Sicht des Senates nicht zu beanstanden und stellt sich als frei von Rechtsfehlern dar.

(a) Dass das streitgegenständliche Fahrzeug werkseitig mit einer Software ausgestattet ist, die eine vergleichbare Funktionsweise wie die dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorliegende aufweist, hat der Kläger in der Klageschrift zwar zunächst pauschal behauptet. Dem ist die Beklagte indes bereits in der Klageerwiderung substantiiert entgegen getreten und hat ausgeführt, die in dem streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandene Motorsteuerung verhalte sich bei gleichen Betriebsbedingungen auf dem Prüfstand nicht anders als auf der Straße (vgl. Seiten 2 und 7 der Klageerwiderung, Bl. 158 und Bl. 163 d.A.; vgl. auch Seite 2 des Schriftsatzes vom 31.07.2018, Bl. 283 d.A.); entsprechend sei auch das Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeuges bei gleichen Betriebsbedingungen identisch. Dem hat der Kläger nicht widersprochen, sondern nach dem Verständnis des Senates seine in der Klageschrift aufgestellte Behauptung unterschiedlicher Funktionsweisen der Motorsteuerung auf dem Prüfstand und auf der Straße aufgegeben und eingestanden, dass die Abschalteneinrichtung, die das streitgegenständliche Fahrzeug nach seinen Behauptungen unterhält, sich von der aus dem VW-Motor EA 189 „auf den ersten Blick“ unterscheide, wenn er auch die technische Folge für vergleichbar hält (vgl. Seite 5 des Schriftsatzes vom 11.06.2016, Bl. 202 d.A.). Dieses Eingeständnis bezieht der Senat auf die Behauptung einer mit dem VW-Motor EA 189 vergleichbaren Funktionsweise.

8

(b) Dass das Fahrzeug entsprechend den Behauptungen des Klägers werkseitig mit einer anderen Software ausgestattet ist, die – ungeachtet der unterschiedlichen Funktionsweise – mit der in dem VW-Motor EA 189 eingesetzten Software zumindest in der technischen Folge vergleichbar ist, ist klägerseits nicht mit Substanz dargetan worden. Soweit der Kläger die Existenz einer solchen Software zum einen aus dem Umstand folgert, dass der AdBlue-Behälter des streitgegenständlichen Fahrzeuges unterdimensioniert sei und daher manipulative Eingriffe in die Motorsteuerung im Hinblick auf die Zufuhrmenge an Harnstofflösung zwingend erforderlich seien, vermag der Senat seiner Argumentation nicht zu folgen. Insoweit fehlt es – unabhängig von der Richtigkeit der klägerseits vorgenommenen Berechnungen – bereits an einer schlüssigen Darlegung der Behauptung, das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über einen zu kleinen AdBlue-Behälter. Soweit der Kläger ein Fassungsvermögen von nur 8 l behauptet, entbehrt diese Behauptung aus Sicht des Senates in Bezug auf das konkrete streitgegenständliche Fahrzeug jedweder Tatsachengrundlage. Sie wird von dem Kläger (ausschließlich) auf einen als Anlage K 8 (Bl. 66 ff. d.A.) zu den Akten gereichten A-Artikel gestützt, der sich zu allgemeinen Absprachen der Autobauer aus dem Jahre 2008 zur Größe von AdBlue-Behältern verhält. Der Bezug dieses Artikels zu dem konkreten streitgegenständlichen Fahrzeug wird von dem Kläger nicht ansatzweise erläutert. Zu einer Erläuterung hätte aus Sicht des Senates aber bereits deshalb Veranlassung bestanden, weil der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Motor OM 651 erst viele Jahre nach dem in dem Artikel beschriebenen Zeitpunkt entwickelt und produziert worden ist, so dass sich die Relevanz einer im Jahr 2008 etwa getroffenen Absprache für diesen konkreten Motor insbesondere auch mit Blick auf den stetigen technischen Fortschritt nicht erschließt. Darüber hinaus ergibt sich aus den im Kaufvertrag zwischen den Parteien aufgeführten Ausstattungsmerkmalen (vgl. Seite 3 des Kaufvertrages, Bl. 92 d.A.), dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einem „AdBlue-Behälter mit größerem Volumen“ ausgestattet ist. Hierzu passend hat die Beklagte in der Klageerwiderung

9

behauptet, der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute AdBlue-Behälter verfüge über ein Volumen von 27 l, ohne dass der Kläger dem relevant entgegen getreten wäre oder sich mit dieser Besonderheit des streitgegenständlichen Fahrzeuges auch nur ansatzweise auseinandergesetzt hätte. Ist mithin bereits die Behauptung eines AdBlue-Behälters mit einem Fassungsvermögen von nur 8 l nicht schlüssig dargetan, gehen auch die klägerischen Rechenbeispiele, mit denen der Kläger versucht, die Notwendigkeit manipulativer Eingriffe in die Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeuges zu belegen, fehl. Darüber hinaus entbehren die den Berechnungen des Klägers zugrunde liegenden Annahmen hinsichtlich der durchschnittlichen AdBlue-Verbrauchswerte ebenfalls jedweder Erläuterung, zu der spätestens nach der Klageerwiderung und dem qualifizierten Bestreiten der Beklagten Veranlassung bestanden hätte. Ohne eine schlüssige Darlegung der tatsächlichen Grundlagen der diesbezüglichen Behauptungen stellen sich daher auch die Rechenbeispiele des Klägers und die von ihm hieraus gezogenen Schlussfolgerungen als bloße Behauptungen „ins Blaue hinein“ dar, auf deren Grundlage die Erhebung des klägerseits angebotenen Beweises sich als zivilprozessuale Ausforschung darstellte.

Auch andere konkrete Anhaltspunkte für den Einsatz einer – wie auch immer gearteten – unzulässigen Abschaltvorrichtung im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeuges, die erforderlich ist, damit das Fahrzeug auf dem Prüfstand die geforderte Euro-Norm erfüllt (vorliegend Euro 6), sind nicht schlüssig dargetan. Die Beklagte hat den Einsatz einer solchen in zivilprozessual zulässiger Weise in Abrede gestellt. Belastbare Indizien für seine diesbezügliche Behauptung zeigt der Kläger in beiden Instanzen nicht auf. Derartige Indizien können sich etwa aus publizierten behördlichen oder sonstigen Untersuchungen zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug ergeben, ferner aus eigenen Ermittlungen und Untersuchungen des Klägers, aus einem behördlich angeordneten Rückruf betreffend das streitgegenständliche Fahrzeug, aus Verlautbarungen oder Maßnahmen des Kraftfahrt-Bundesamtes und vielem mehr. Nichts dergleichen ist dem Klägervortrag zu entnehmen. Die von dem Kläger aufgezeigten Umstände sind aus Sicht des Senates sämtlich nicht stichhaltig. Dies gilt zum einen für den Verweis auf die als Anlage K 9 (Bl. 74 d.A.) vorgelegten Abgasuntersuchungen des Prüfinstitutes TNO, die auch nach den Behauptungen des Klägers nicht das streitgegenständliche Fahrzeug – einen Mercedes C-Klasse 220 d – betreffen, sondern einen Mercedes C-Klasse 220 CDI BlueTEC. Vor diesem Hintergrund ist unabhängig von der Tragfähigkeit des klägerseits aus dem Ergebnis dieser Untersuchungen gezogenen Rückschlusses bereits nicht erkennbar, dass die dort gewonnenen Erkenntnisse überhaupt auf das konkrete streitgegenständliche Fahrzeug übertragen werden könnten. Dies folgt auch nicht aus dem Umstand, dass das Testfahrzeug ebenso wie das streitgegenständliche Fahrzeug mit einem Motor aus der Motorenfamilie OM 651 (Euro 6) ausgestattet war. Denn auch der Kläger behauptet, die unzulässige Abschaltvorrichtung sei in der Motorsteuerung verankert. Dass aber die Motorsteuerung wie auch die technische Auslegung und die verbauten technischen Komponenten entsprechend den Behauptungen der Beklagten in der Klageerwiderung jeweils auf die Besonderheiten des konkreten Fahrzeuges abgestimmt sein müssen und sich daher auch bei Motoren aus derselben Motorenfamilie abhängig von dem konkreten Fahrzeugmodell und seinen technischen Daten unterscheiden, erscheint dem Senat unmittelbar einleuchtend und fügt sich zu dem differenzierten Vorgehen des Kraftfahrt-Bundesamtes, das behördliche Rückrufe betreffend Fahrzeuge der Beklagten bislang jeweils nur beschränkt auf bestimmte Fahrzeugtypen und Produktzeiträume angeordnet hat und nicht auf komplette Motorenfamilien. Auch die vom Kläger angeführten Testungen der Deutschen Umwelthilfe betreffen weder das streitgegenständliche Fahrzeug (sondern einen S 350 BlueTEC) noch den streitgegenständlichen Motor (sondern den Motor OM 642), der klägerseits in Bezug genommene Zeitungsartikel über den Mercedes G 350 BlueTEC bezieht sich ebenfalls auf

ein anderes als das streitgegenständliche Fahrzeugmodell, das zudem laut Wikipedia wiederum mit einem Motor OM 642 ausgestattet ist. Auch der Verweis des Klägers auf die Ergebnisse der in Amerika durchgeführten behördlichen Ermittlungen und die in amerikanischen Fahrzeugen gefundenen Softwarefunktionen, insbesondere, welche die Ad-Blue Einspritzung nach 26 gefahrenen Kilometern automatisch einstelle, BIT 15 und Slipguard geht fehl. Die Beklagte hat zulässigerweise bestritten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug diese Softwarefunktionen aufweist. Da weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass das klägerische Fahrzeug für den amerikanischen Markt produziert worden ist, bestehen aus Sicht des Senates aber erhebliche Zweifel an der Übertragbarkeit der Erkenntnisse der US-amerikanischen Behörden auf das streitgegenständliche Fahrzeug. Denn es ist allgemein bekannt, dass die für den US-amerikanischen Markt produzierten Motoren sich von den für den europäischen Markt produzierten Motoren – schon mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Grenzwerte – deutlich unterscheiden. Dieser Umstand steht einer Übertragung der in den USA gewonnenen Erkenntnisse auf den europäischen Markt aus Sicht des Senates entgegen. Konkrete Anhaltspunkte für die Existenz der vorgenannten Softwarefunktionen auch im streitgegenständlichen Fahrzeug zeigt der Kläger aber wiederum nicht auf. Auch der Umstand, dass die Beklagte eine nicht unerhebliche Anzahl von Fahrzeugen wegen der Existenz unzulässiger Abschaltvorrichtungen zurückrufen musste, vermag keinen belastbaren Hinweis auf den Einsatz einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu geben. Denn unstreitig betrafen die von dem Kläger thematisierten Rückrufe andere Fahrzeuge wie den Vito 1.6 l Diesel (vgl. Anlage K 20, Bl. 229 ff. d.A.) und den Mercedes GLK 220. Dass und warum von den zurückgerufenen Fahrzeugen und ihren Motorsteuerungen Rückschlüsse auf das klägerische Fahrzeug und seine Motorsteuerung gezogen werden können sollten, legt der Kläger nicht dar. Dagegen spricht entscheidend, dass trotz des Augenmerks, dass das Kraftfahrt-Bundesamt auch auf die Fahrzeuge der Beklagten gerichtet hat, das streitgegenständliche Fahrzeug unstreitig bis heute nicht von einem behördlich angeordneten Rückruf betroffen ist. Der einzige vom Kläger aufgezeigte konkrete Anhaltspunkt für eine mögliche Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeuges von dem Dieselskandal ist damit der auch in der Berufungsbegründung hervorgehobene Umstand, dass es unstreitig zu dem Kreis derjenigen Fahrzeuge gehört, die Teil der „freiwilligen Kundendienstmaßnahme zum Diesel Software-Update“ der Beklagten sind. Diesem käme indes aus Sicht des Senates nur dann eine indizielle Bedeutung zu, wenn festgestellt werden könnte, dass es sich um eine freiwillige Maßnahme der Beklagten zur Vermeidung eines ansonsten drohenden behördlich angeordneten Rückrufs oder um einen Rückruf nach dem ProdSG handelte. Letzteres behauptet der Kläger zwar sowohl in 1. Instanz als auch in der Berufungsbegründung, ohne dies indes mit Tatsachen zu untermauern. Der von dem Kläger auf Seite 10 seines Schriftsatzes vom 30.01.2019 (Bl. 305 d.A.) einkopierte Screenshot verhält sich mit keinem Wort zur rechtlichen Grundlage der Maßnahme. Auch im übrigen erschöpft sich der Klägervortrag in einer Wiedergabe allgemeiner Ausführungen zu rechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit dem Rückruf von Kraftfahrzeugen durch das Kraftfahrt-Bundesamt ohne dass ein Bezug zu der konkreten Kundendienstmaßnahme der Beklagten ersichtlich wäre. Gleiches gilt für den Verweis des Klägers auf den Abschlussbericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ (dort Seite 428 ff.), der ebenfalls weder einen Bezug zur konkret vorliegenden Servicemaßnahme erkennen lässt noch einen Verweis auf das ProdSG. Die Beklagte ist der diesbezüglichen Behauptung des Klägers substantiiert entgegen getreten und hat im Schriftsatz vom 31.07.2018 (Seite 4, Bl. 285 d.A.) wie auch in der Berufungserwiderung einen Zusammenhang der Servicemaßnahme mit dem Dieselpipfel zur Verbesserung der Luftqualität in den Innenstädten behauptet und die in diesem von ihr zugesagte Anpassung älterer Dieselfahrzeuge an neue technische Erkenntnisse und Möglichkeiten. Diese Behauptung fügt sich aus Sicht des Senates auch zwangslos dazu,

dass die Servicemaßnahme ausweislich des klägerseits vorgelegten Screenshots offenbar noch gar nicht begonnen hat. Die gegenteilige Behauptung des Klägers stellt sich vor diesem Hintergrund als haltlose und durch nichts gestützte Behauptung dar. Der Senat vermag auch dem klägerseits in der Berufungsbegründung ergänzend in Bezug genommenen Artikel in A-Online vom 14.04.2019 über die Abgasaffäre nicht zu entnehmen, dass das Kraftfahrt-Bundesamt – wie vom Kläger behauptet – bei sämtlichen Fahrzeugen, die von einer freiwilligen Servicemaßnahme der Beklagten betroffen sind, vom Einsatz einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgeht. Vielmehr bezieht sich der mutmaßlich von dem Kläger in Bezug genommene 2. Absatz des Artikels auf einen begrenzten Kreis von mehr als 750.000 Autos der Beklagten, die auf behördlichen Zwang hin zurückgerufen worden sind und gerade nicht auf sämtliche Fahrzeuge, die von einer freiwilligen Softwaremaßnahme betroffen sind (ausweislich A-Online vom 19.05.2019 insgesamt fast 4 Mio. Fahrzeuge). Auch der klägerseits vorgelegte Screenshot (vgl. Seite 10 des Schriftsatzes vom 30.01.2019, Bl. 305 d.A.) unterscheidet insoweit zwischen Fahrzeugen „im Rückruf“ und Fahrzeugen in der freiwilligen Kundendienstmaßnahme und weist das streitgegenständliche Fahrzeug der letzteren Kategorie zu.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen vermag der Senat weder einem der klägerseits vorgelegten Zeitungs- und Testberichte noch den klägerseits vorgetragenen Umständen in der Gesamtschau konkrete tatsächliche Anhaltspunkte zu entnehmen, die darauf hindeuten würden, dass das klägerische Fahrzeug werkseitig mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist. Diese Behauptung des Klägers stellt sich vielmehr als bloße Vermutung und Spekulation ohne hinreichende Tatsachengrundlage dar, die von dem Kläger gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellt wird. Es erscheint aus Sicht des Senates auch nicht angängig, die Beklagte insoweit – bei Fehlen belastbarer konkreter Hinweise – gleichsam unter einen Generalverdacht zu stellen und von ihr die Widerlegung dieses Generalverdachts zu fordern (vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 09.01.2019, Az. 28 U 36/18 n.v.). Auch das klägerseits in Bezug genommene Ermittlungsverfahren in Stuttgart hat bislang offenbar trotz der bereits vor geraumer Zeit stattgefundenen Durchsuchungen zu keinen Ergebnissen geführt, die den Verdacht des Klägers in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug erhärten könnten, da andernfalls entsprechende Verlautbarungen oder Maßnahmen zu erwarten gewesen wären.

11

(c) Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung erneut und vertiefend die von ihm bereits erstinstanzlich in den Raum gestellte Problematik des sogenannten „Thermofensters“ herausgreift, sind auch seine diesbezüglichen Ausführungen nicht geeignet, einen Sachmangel des streitgegenständlichen Fahrzeuges schlüssig darzutun. Zwar ist es auch nach dem Verständnis des Senates zwischen den Parteien nicht streitig, dass das Emissionsverhalten – u.a. auch des streitgegenständlichen Fahrzeuges – in Abhängigkeit diverser Faktoren wie Außentemperatur, Betriebszustand, Betriebstemperatur, Betriebsbedingungen und Drehzahl steht und aus technischen Gründen auch stehen muss. Allein dieser Umstand führt indes nicht dazu, dass damit ein Mangel des streitgegenständlichen Fahrzeuges mit Substanz dargelegt wäre. Ein Mangel kann vielmehr aus Sicht des Senates nur dann angenommen werden, wenn die konkrete Funktionsweise der Emissionsregelung im streitgegenständlichen Fahrzeug so beschaffen und ausgelegt wäre, dass bei ihm eine relevante Abgasreinigung lediglich in der Prüfsituation mit den für diese festgelegten Prüfparametern erfolgt, nicht aber im realen Straßenbetrieb. Dies darzulegen ist indes nach allgemeinen Grundsätzen Sache des für den Mangel der Kaufsache darlegungs- und beweisbelasteten Klägers. Die konkrete Funktionsweise der Emissionsregelung im streitgegenständlichen Fahrzeug substantiiert darzutun, hat der Kläger indes vorliegend versäumt. Sein Vorbringen erschöpft sich insoweit in einem pauschalen

12

Verweis auf mehrere Entscheidungen der 23. Zivilkammer des LG Stuttgart, die indes nicht das streitgegenständliche Fahrzeugmodell und den streitgegenständlichen Motor zum Gegenstand haben, sondern Euro 5-Motoren anderer Fahrzeugmodelle. Soweit die 23. Zivilkammer des LG Stuttgart offenbar – wie die gleichlautenden Urteile ohne Differenzierung zwischen den jeweils zur Entscheidung stehenden Fahrzeugmodellen und –motoren nahelegen – die Auffassung vertritt, der Umstand der temperaturadaptierten Abgasreinigung sei ungeachtet ihrer im Einzelnen von Herstellerseite vorzutragenden konkreten Einzelheiten und Parameter in rechtlicher Hinsicht als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren und begründe einen Mangel des Fahrzeuges, vermag sich der Senat dem nicht anzuschließen. Denn die vom LG Stuttgart in Bezug genommene Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verbietet keineswegs schlechthin Abschaltvorrichtungen jeder Art, sondern nur solche, die aus technischen Gründen nicht gerechtfertigt sind. Dies bedarf der Prüfung technischer Fragestellungen, für die der Senat einerseits nicht hinreichend fachkundig ist, die aber auch einem zu beauftragenden technischen Sachverständigen auf der Grundlage des klägerseits unterbreiteten Sachverhalts schlicht nicht möglich ist. Nur dann, wenn die fehlende technische Rechtfertigung der Emissionsregelung im streitgegenständlichen Fahrzeug aber festgestellt werden könnte, würde dies die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde begründen. Nur dann wäre von einem Sachmangel im Sinne der Rechtsprechung des BGH auszugehen. Von Bedeutung ist aus Sicht des Senates in diesem Zusammenhang auch, dass trotz der Befassung des Untersuchungsausschusses „Volkswagen“ wie auch des BMVI und des Kraftfahrt-Bundesamtes mit der Problematik des sogenannten „Thermofensters“ offenbar keine der vorgenannten Instanzen von einer generellen Unzulässigkeit der diesem zugrunde liegenden Emissionsregelung ausgeht. Auch im Hinblick auf das konkrete streitgegenständliche Fahrzeug sind behördlicherseits bislang weder Maßnahmen getroffen noch auch nur Verlautbarungen veröffentlicht worden, die in diese Richtung zu verstehen sein könnten. Gerade auch vor diesem Hintergrund erschließt sich dem Senat nicht, woraus der Kläger die drohende Gefahr einer Betriebsuntersagung unter diesem Gesichtspunkt herleiten will.

(d) Schließlich vermögen auch die von dem Kläger in der Berufungsbegründung in Bezug genommenen neuen Erkenntnisse im Hinblick auf die „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ in Fahrzeugen der Beklagten seiner Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Selbst wenn man hierin die konkrete Behauptung des Klägers sehen wollte, diese Software komme auch in dem streitgegenständlichen Fahrzeug zum Einsatz, ist eine Tatsachengrundlage für diese Behauptung nicht ersichtlich. Die Beklagte hat den Einsatz dieser Software im streitgegenständlichen Fahrzeug in zulässiger Weise in Abrede gestellt und in der Berufungserwiderung zutreffend darauf verwiesen, dass sie bislang lediglich in Fahrzeugen des Modells GLK 220, die zwischen 2012 und 2015 produziert wurden, vorgefunden wurde. Bei letzteren handelt es sich nach den eigenen Behauptungen des Klägers um Fahrzeuge, die der Euro 5 Norm unterfallen, während das streitgegenständliche Fahrzeug nach den Angaben im Kaufvertrag unter die Euro 6 Norm fällt. Vor diesem Hintergrund können belastbare Rückschlüsse auf das streitgegenständliche Fahrzeug aus dem neuerlichen Zwangsrückruf aus Sicht des Senates nicht gezogen werden. 13

(e) Der Senat kann und will – auch vor dem Hintergrund der stetigen Ausweitung des Kreises betroffener Fahrzeuge seit Beginn des Diesel-Abgasskandals – keineswegs ausschließen, dass auch im streitgegenständlichen Fahrzeug eine oder gar mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen zum Einsatz kommen. Konkrete belastbare Anhaltspunkte hierfür hat er indes zum jetzigen Zeitpunkt, auf den es bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage ankommt, nicht. Dies gereicht nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen dem Kläger zum Nachteil. Dabei werden die Probleme, die die prozessualen Substantiierungsanforderungen 14

vorliegend für den Kläger mit sich bringen, keineswegs verkannt. Dies ist jedoch keine Besonderheit des vorliegenden Falles, sondern eine im Zivilprozess nicht selten anzutreffende prozessuale Situation. Es wird einer Partei häufig nicht erspart bleiben, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse haben kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält (vgl. BGH NJW 1995, 2111). Diesem Umstand müssen die an die Substantiierung zu stellenden Anforderungen zwar in gewissem Umfang Rechnung tragen. Eine Überspannung der Substantiierungsanforderungen verbietet sich in derartigen Situationen. Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo die darlegungsbelastete Partei nicht ansatzweise konkrete Anhaltspunkte für ihre Behauptungen vorbringen kann, wie das vorliegend der Fall ist. In einem solchen Fall sind Darlegungserleichterungen, wie sie die von dem Kläger bemühte Rechtsfigur der sekundären Darlegungslast darstellt, nicht gerechtfertigt (vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 09.01.2019, Az. 28 U 36/18, n.v.). Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Gegenpartei ungeachtet der grundsätzlichen Darlegungslast eine sekundäre Darlegungslast trifft, soweit Sachverhalte in Rede stehen, zu denen die darlegungsbelastete Partei entschuldbar nicht weiter vortragen kann, weil sie außerhalb ihres Wahrnehmungsbereiches liegen, wohingegen der Gegenpartei ergänzende Angaben unschwer möglich und zumutbar sind. Diese Grundsätze gelangen jedoch erst dann zur Anwendung, wenn seitens der darlegungsbelasteten Partei zumindest mit einiger Substanz vorgetragen worden ist und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für ihre Behauptungen von ihr dargetan worden sind. Sie sind hingegen nicht dazu gedacht, die darlegungsbelastete Partei gleichsam von dem Erfordernis jeglichen schlüssigen Sachvortrages zu entbinden. Es stellt eine persönliche Entscheidung des Klägers dar, seine Klage bereits zu einem Zeitpunkt zu erheben, in dem für die Richtigkeit der zentralen anspruchsbegründenden Tatsache weder im Rahmen privater noch im Rahmen behördlicher Ermittlungen Erkenntnisse welcher Art auch immer zutage getreten sind. Dies stellt unzweifelhaft ein zulässiges prozessuales Vorgehen dar. Es bringt jedoch für die klagende Partei in der logischen Konsequenz die Verpflichtung mit sich, im Rahmen der sie treffenden Darlegungslast auf andere Weise Mittel und Wege zu finden – sei es durch eigene Untersuchungen oder ähnliches –, um ihren Anspruch mit einiger Substanz zu begründen und zu untermauern. Sie kann sich in dieser Situation nicht darauf zurückziehen, nicht über ihren Anspruch stützende Erkenntnisse zu verfügen, weshalb es an der Gegenpartei sei, entsprechend vortragen. Denn dies ist gerade die Konsequenz des von ihr gewählten prozessualen Vorgehens. Auf der Grundlage des im vorliegenden Rechtsstreit unterbreiteten Sachvortrags ist dem Landgericht in der Einschätzung zu folgen, dass der klägerseits mit der Berufungsbegründung (erneut) begehrte Eintritt in eine Beweisaufnahme nicht veranlasst ist und sich in der gegebenen Situation als zivilprozessual unzulässige Ausforschung darstellt. Es entspricht gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich aufs Geratewohl, gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellte Behauptungen keine Veranlassung für den Eintritt in eine Beweisaufnahme geben (vgl. BGH NJW 1995, 2111; BGH NJW 1996, 394; BGH NJW 1996, 1541; BGH NJW-RR 2000, 208).

2.

15

Aus den vorgenannten Gründen kommt auch ein deliktischer Anspruch des Klägers gemäß den §§ 826, 823 II BGB in Verbindung mit § 263 StGB nicht in Betracht, weil es bereits an der schlüssigen Darlegung einer die Voraussetzungen dieser Normen erfüllenden Handlung der Beklagten in Form des Inverkehrbringens eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehenen Fahrzeuges fehlt. Vor diesem Hintergrund bedürfen auch die sich in diesem Zusammenhang weiter stellenden Fragen der Sittenwidrigkeit eines solchen Verhaltens und der subjektiven Voraussetzungen der genannten Normen keiner weiteren Vertiefung und

16

abschließenden Entscheidung durch den Senat.

II.

17

Der Kläger erhält Gelegenheit, zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses Stellung zu nehmen. Auf die Möglichkeit der Rücknahme der Berufung zum Zweck der Ersparnis eines Teils der im zweiten Rechtszug anfallenden Gerichtsgebühren (statt 4 fallen nur 2 Gerichtsgebühren an - Nr. 1222 KV zu § 3 II GKG) wird ausdrücklich hingewiesen.

18