

Titel:

Keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung bei Verkauf von Fahrzeugen mit dem Motor des Typs OM 651

Normenketten:

BGB § 31, § 826

Fahrzeugemissionen-VO Art. 5 Abs. 2 S. 1

Leitsätze:

1. Der Umstand, dass im alltäglichen Gebrauch ein erhöhter Stickoxid-Ausstoß erfolgen und der maßgebliche Grenzwert überschritten werden kann, lässt nicht den Schluss zu, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt, die zwischen Prüfstand und Straßenbetrieb unterscheidet. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)

2. Um dem Verhalten eines Fahrzeugherstellers ein sittenwidriges Gepräge zu geben, genügt es nicht, dass in den von ihr hergestellten Motoren als unzulässig iSv Art. 5 Abs. 2 S. 1 Fahrzeugemissionen-VO zu qualifizierende Abschaltvorrichtungen vorhanden sind. (Rn. 27 – 29) (redaktioneller Leitsatz)

3. Dass bei Fahrzeugen eines Fahrzeugherstellers Funktionen „in Abhängigkeit der Prüfbedingungen“ geschaltet werden, ist nicht gleichbedeutend mit einer „Umschaltlogik“, die bei der Abgasreinigung zwischen dem Betrieb auf dem Prüfstand und im Straßenverkehr unterscheidet. (Rn. 34 – 35) (redaktioneller Leitsatz)

4. Die Nutzung eines sogenannten "Thermofensters" begründet allein nicht den Vorwurf vorsätzlichen sittenwidrigen Verhaltens des Fahrzeugherstellers. (Rn. 36 – 48) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Abgasskandal, OM 651, Abschaltvorrichtung, Prüfstanderkennung, Umschaltlogik, Prüfbedingungen, Thermofenster, vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, VO (EG) 715/2007

Vorinstanz:

LG Landshut, Endurteil vom 26.07.2019 – 44 O 364/18

Fundstelle:

BeckRS 2021, 27274

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 26.07.2019, Az. 44 O 364/18, abgeändert und die Klage abgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 27.740,45 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1

Der Kläger macht gegen die beklagte Automobilherstellerin Schadensersatz- und Gewährleistungsansprüche wegen Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen für die Abgasreinigung geltend.

2

Mit Kaufvertrag vom 12.06.2017 erwarb der Kläger von der Beklagten einen von ihr hergestellten gebrauchten Mercedes Benz E 220 BlueTec 4Matic zum Preis von 39.999,99 €. Die Übergabe an den Kläger erfolgte am 20.06.2017. Das Fahrzeug wurde erstmals zugelassen am 30.03.2016 (vgl. Anlage K 13).

3

Im Fahrzeug ist ein Dieselmotor des Typs OM 651 verbaut, der der Abgasnorm EU 6 unterfällt.

4

Das Fahrzeug verfügt über ein Abgasrückführungssystem (AGR), bei dem das Abgas teilweise in das Ansaugsystem des Motors zurückgeführt wird und erneut an der Verbrennung teilnimmt. Bei bestimmten, im einzelnen streitigen Umgebungstemperaturen wird die Menge des zurückgeführten Abgases verringert (so genanntes „Thermofenster“). Ferner verfügt das Fahrzeug über ein SCR-System (selektive katalytische Reduktion). Dabei handelt es sich um eine Abgasnachbehandlung mit dem Harnstoffgemisch AdBlue, das durch die hohen Temperaturen im Abgassystem in Ammoniak umgewandelt wird, der anschließend in einem SCR-Katalysator mit den im Abgas enthaltenen Stickoxiden zu Stickstoff und Wasser reagiert.

5

Mit Anwaltsschreiben vom 10.01.2018 (Anlage K 14) erklärte der Kläger den Rücktritt vom Vertrag und forderte die Beklagte zur Erstattung des Kaufpreises unter Abzug einer Nutzungsentschädigung sowie zur Zahlung außergerichtlicher Anwaltskosten, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs auf. Messungen der Deutschen Umwelthilfe (DUH) hätten bei Fahrzeugen der Beklagten mit den Motorentypen OM 642 und OM 651 einen zu hohen, der EU-Typgenehmigung nicht entsprechenden Stickoxidausstoß ergeben. Das Fahrzeug sei deshalb mangelhaft und quasi unverkäuflich. Eine Frist zur Nacherfüllung sei entbehrlich, weil die Nachbesserung unzumutbar sei. Außerdem machte er deliktische Schadensersatzansprüche geltend.

6

Für das Fahrzeug liegt kein Rückruf des KBA vor. Die Beklagte bietet für das Fahrzeug eine freiwillige Kundendienstmaßnahme zu einem Diesel-Software-Update an.

7

Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, im streitgegenständlichen Fahrzeug sei eine Steuerungssoftware verbaut, die dafür Sorge, dass das Durchfahren des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) erkannt und lediglich in diesem Fall der Schadstoffausstoß optimiert werde, so dass nur auf dem Prüfstand der gesetzliche Grenzwert eingehalten werde, nicht aber im Straßenbetrieb. Außerdem werde die Abgasreinigung bei niedrigen Außentemperaturen reduziert bzw. abgeschaltet. Zudem werde die AdBlue-Menge ab einer bestimmten Drehzahl zu sparsam dosiert, da der AdBlue-Tank - entsprechend Absprachen zwischen den Herstellern - zu klein dimensioniert worden sei. Darüber habe die Beklagte in sittenwidriger Weise getäuscht.

8

Er hat die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen abzüglich einer Nutzungsentschädigung auf der Grundlage einer Gesamtfahrleistung von 300.000 km verlangt sowie Erstattung bzw. Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, ferner Feststellung des Annahmeverzugs und der Ersatzpflicht für weitere Schäden.

9

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug keine Programmierung, insbesondere keine Betrugssoftware, verwendet werde, die - manipulativ - so gestaltet sei, dass auf der Straße unter „normalen Betriebsbedingungen“ ein anderes Emissionsverhalten des Emissionskontrollsystems angestrebt werde als auf dem Prüfstand. Ein Mangel liege nicht vor, im Übrigen seien Gewährleistungsansprüche verjährt.

10

Das Landgericht hat der Klage weitgehend stattgegeben. Es sei als unstrittig zugrunde zu legen, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Motorsteuerungssoftware eingebaut sei. Der Motor sei so konstruiert, dass er nur in Prüfungssituationen Stickoxid-Mengen ausstoße, die den gesetzlichen Grenzwerten entsprächen, während ansonsten der Stickoxid-Ausstoß um ein Vielfaches höher liege. Wegen der Einzelheiten wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

11

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie die vollständige Abweisung der Klage begehrt. Zur Begründung führt sie insbesondere aus, das Landgericht habe streitiges Vorbringen als unstrittig behandelt, denn sie habe erstinstanzlich bestritten, dass die vom Kläger behauptete „Manipulationssoftware“ existiere. Das Landgericht verkenne, dass gesetzliche Emissionsgrenzwerte zwingend an festgelegte Prüfungsparameter geknüpft seien. Im Übrigen habe das Landgericht zu Unrecht die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 826 BGB angenommen, desgleichen für Gewährleistungsansprüche.

12

Die Beklagte bestreitet auch hinsichtlich des weiteren Vortrags des Klägers, den sie als verspätet rügt, eine manipulative Prüfstanderkennung. Die Regelung des Kühlmittelthermostats sei im vorliegenden Fall nicht entscheidend für die Einhaltung der Stickoxid-Grenzwerte. Sie habe die temperaturabhängige AGR - Steuerung und die Steuerung des Kühlsystems regelmäßig gegenüber dem KBA im geforderten Umfang mitgeteilt. Angaben über „Standard-Emissionsstrategien“ und „zusätzliche Emissionsstrategien“ seien erst seit der Änderung der Rechtslage zum 16.05.2016 durch die VO (EU) Nr. 646/2016 gefordert.

13

Im Berufungsverfahren beantragt die Beklagte:

14

Das Urteil des Landgerichts Landshut vom 26.07.2019 wird abgeändert und die Klage gegen die Beklagte abgewiesen.

15

Der Kläger erklärt im Hinblick auf die zwischenzeitlich gezogenen Nutzungen die Hauptsache teilweise für erledigt und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen mit der Maßgabe, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klagepartei 25.844,79 EUR sowie Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges Mercedes-Benz E 220 BlueTec 4Matic mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ...704.

16

Die Beklagte hat sich der Erledigterklärung nicht angeschlossen.

17

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil und vertieft und erweitert seinen Vortrag zu unzulässigen Abschaltvorrichtungen und damit verbundenen vorsätzlichen Täuschungshandlungen der Beklagten. Er trägt insbesondere vor, das AGR-System arbeite in Abhängigkeit von den Prüfstandbedingungen und wende dort eine andere Strategie an als im Normalbetrieb; die auf dem Prüfstand angewendete Strategie werde aufgrund einer „Timer“-Funktion nach einer gewissen Zeit abgeschaltet.

18

Auf dem Prüfstand - den die Steuerungssoftware anhand der geringen Drehzahl und dem geringen Luftmassenstrom erkenne - werde zudem die Kühlmittelsolltemperatur so geregelt, dass eine starke Kühlung erfolge, was zu einem geringeren Stickoxid-Ausstoß führe. Außerdem werde nach Ablauf eines Timers eine höhere Kühlmitteltemperatur eingestellt.

19

Hinsichtlich der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung habe die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren ihre Mitteilungspflichten nicht erfüllt und insbesondere Angaben zum Funktionieren des AGR-Systems bei niedrigen Temperaturen (vgl. Art. 3 Nr. 9 Abs. 3 und 4 VO (EG) 692/2008) unterlassen. Die Beklagte habe auch keine Angaben zur Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen gemacht.

20

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf das Ersturteil und die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze verwiesen.

21

Auf den Hinweis des Senats vom 19.04.2021 und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21.07.2021 wird Bezug genommen.

II.

22

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Dem Kläger stehen weder deliktische (insbesondere aus §§ 826, 31 BGB) noch vertragliche Ansprüche (§§ 433, 437 Nr.2, 323, 326, 346 ff. BGB) zu.

23

1. Das Landgericht hätte es nicht als zugestanden ansehen dürfen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über die vom Kläger behauptete manipulative Motorsteuerungssoftware verfügt. Die Beklagte hatte dies in der Klageerwiderung vom 23.05.2018 (S. 1 f., Bd. I Bl. 33 f.d.A.) bestritten und ausdrücklich vorgetragen, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug keine Programmierung, insbesondere keine „Betrugssoftware“ verwendet werde, die - manipulativ so gestaltet wäre, dass auf der Straße unter „normalen Betriebsbedingungen (i.S.v. Art. 5 Abs. 1 bzw. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007) ein anderes Emissionsverhalten angestrebt werde als auf dem Prüfstand (also im Prüflabor).

24

Der Umstand, dass im alltäglichen Gebrauch ein erhöhter Stickoxid-Ausstoß erfolgen und der maßgebliche Grenzwert überschritten werden kann, lässt nicht den Schluss zu, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt, die zwischen Prüfstand und Straßenbetrieb unterscheidet. Die Bedingungen des gesetzlichen Prüfzyklus sind standardisiert, so dass Abweichungen im realen Fahrbetrieb letztlich zwangsläufige Folge der gesetzlich vorgegebenen Prüfungsbedingungen sind (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 26.09.2019, Az. 3 U 43/19, BeckRS 2019, 42422; beck-online).

25

2. Der Kläger hat weder in erster Instanz noch im Berufungsverfahren greifbare Anhaltspunkte aufgezeigt, die den Schluss tragen könnten, die Beklagte habe ihn durch den Einbau unzulässiger Abschaltvorrichtungen in das streitgegenständliche Fahrzeug vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Das gilt auch unter Berücksichtigung des neuen Sachvortrags des das Ersturteil verteidigenden Klägers im Berufungsverfahren, der entgegen der Auffassung der Beklagten nicht als verspätet im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen ist.

26

a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht. Derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, trägt die volle Darlegungs- und Beweislast sowohl für solche Umstände, die die Schädigung und deren Sittenwidrigkeit in objektiver Hinsicht begründen, als auch für den zumindest bedingten Vorsatz des in Anspruch genommenen Schädigers hinsichtlich des Vorliegens dieser Umstände. Der Anspruchsteller hat daher auch darzulegen und zu beweisen, dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter des in Anspruch genommenen Unternehmens die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962/1966 Rn. 15, 35 m.w.N.).

27

Um dem Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben, genügt es nicht, dass in den von ihr hergestellten Motoren als unzulässig iSv Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizierende Abschaltvorrichtungen vorhanden sind. Der darin liegende Gesetzesverstoß wäre auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz der Abschaltvorrichtung als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedarf es vielmehr weiterer Umstände.

28

Solche liegen vor, wenn ein Automobilhersteller die grundlegende strategische Frage, mit welchen Maßnahmen er auf die Einführung der - im Verhältnis zu dem zuvor geltenden Recht strengeren - Stickoxidgrenzwerte reagieren würde, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse dahingehend entscheidet, von der Einhaltung dieser Grenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem KBA zwecks Erlangung der Typgenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorzuspiegeln, dass die von ihm hergestellten Dieselfahrzeuge die neu festgelegten Grenzwerte einhalten, und dazu die Software bewusst und gewollt so programmiert, dass die gesetzlichen Grenzwerte nur auf dem Prüfstand durch Einsatz des Abgasrückführungsmodus 1 beachtet werden, während im normalen Fahrbetrieb der Abgasrückführungsmodus 0 eingeschaltet wird, bei dem die Grenzwerte nicht eingehalten werden (so genannte Umschaltlogik).

29

Wenn dagegen die Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, sondern in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise arbeitet, d.h. unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (etwa bezüglich Umgebungstemperatur, Geschwindigkeit etc.) auch im normalen Fahrbetrieb das gleiche Emissionsverhalten erzielt, ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur gerechtfertigt, wenn zu einem - unterstellten - Verstoß gegen die VO (EG) Nr. 715/2007 weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit setzt voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder der Verwendung der beanstandeten Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 ff., Rn. 16 ff.; Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/21, NJW 2021, 1814 ff; Rn. 27 f.).

30

b) Der Kläger zeigt keine greifbaren tatsächlichen Anhaltspunkte dafür auf, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine der „Umschaltlogik“ gleichzusetzende Motorsteuerungssoftware vorhanden wäre, bei der auch ohne Hinzutreten weiterer Umstände angenommen werden könnte, dass die für die Beklagte handelnden Personen im Bewusstsein von deren Unzulässigkeit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abgezielt hätten.

31

aa) Zwar behauptet der Kläger auch im Berufungsverfahren, dass das AGR-System im Straßenverkehr grundlegend anders arbeite als unter Prüfbedingungen. Innerhalb der Bedingungen des NEFZ komme eine andere Strategie der Abgasreinigung zur Anwendung, die nach einer gewissen Zeit mit Hilfe einer Timer-Funktion abschalte. Insoweit stützt er sich auf eine Auskunft des KBA vom 29.04.2021 zu einem anderen Fahrzeugtyp (Anlage BB 4, Schreiben des KBA an das Landgericht Hannover zum dortigen Verfahren 4 O 256/18), die seiner Auffassung nach aber auf das streitgegenständliche Fahrzeug übertragbar ist, weil es ebenfalls einen Motor des Typs OM 651, EU 6 aufweist. In diesem Schreiben teilt das Kraftfahrtbundesamt zu einem Mercedes Benz, Typ GLC 250d EU 6, mit, dass als unzulässige Abschaltvorrichtung eine „Strategie B“ zur Erhöhung der Raten der Abgasrückführung vorhanden sei, die u.a. unter Berücksichtigung der Ansauglufttemperatur sicher im NEFZ und den dort definierten Prüfbedingungen starte und nach Ablauf einer kumulierten Zeitdauer ausgeschaltet werde. Dadurch werde die Wirksamkeit der AGR verringert und die Stickoxidwerte erhöhten sich insbesondere unter Bedingungen, in denen das NOx-Nachbehandlungssystem die erhöhten Stickoxidemissionen nicht kompensieren könne. Diese Strategie sei durch das KBA als unzulässige Abschaltvorrichtung bewertet worden, da der Fahrzeughersteller keine Begründung der Zulässigkeit der Strategie gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG habe vorbringen können. Da die D. AG gegen diesen Bescheid in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden habe, Klage erhoben habe, sei die Unzulässigkeit dieser Abschaltvorrichtung noch nicht bestandskräftig festgestellt.

32

Aus diesem Schreiben ergibt sich schon nicht, dass die „Strategie B“ nur auf dem Prüfstand zur Anwendung kommt. Daraus geht hervor, dass diese Strategie bestimmte Parameter berücksichtigt, die im NEFZ gegeben sind. Daraus folgt, dass sie bei gleichen Bedingungen etwa hinsichtlich der Ansauglufttemperatur auch außerhalb der Prüfstandsituation zur Anwendung kommt. Überdies ergibt sich aus dem Schreiben, dass das KBA für die Fahrzeuge, bei denen es diese Strategie festgestellt hat, einen - nicht

bestandskräftigen - Rückrufbescheid erlassen hat. Für das streitgegenständliche Fahrzeug gibt es jedoch keinen Rückruf. Zudem trägt die Beklagte vor, dass dem KBA bei der Auskunft vom 29.04.2021 ein Versehen unterlaufen sei, denn bei dem dort genannten Fahrzeugmodell sei nicht eine als „Strategie B“ bezeichnete Funktion beanstandet worden, sondern eine auf das SCR-System bezogene „Strategie A“. Eine derartige Beanstandung für das Fahrzeug des Klägers existiere nicht. Außerdem sei die vom KBA als „Strategie B“ bezeichnete Funktion in keinem Fahrzeug mit Motor 651 vorhanden. Der Kläger hat diesen Vortrag der Beklagten nicht bestritten.

33

bb) Soweit in dem vom Kläger zitierten Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. E. vom 14.02.2021 (Schriftsatz des Klägers vom 01.06.2021, S. 10 f., Bd. III Bl. 129 d.A.) von einer „Umschaltlogik“ hinsichtlich des geregelten Kühlmittelthermostats die Rede ist, handelt es sich tatsächlich nicht um eine nur auf dem Prüfstand eingesetzte Steuerung. Nach den zitierten Ausführungen des Sachverständigen stellt er vielmehr eine Abhängigkeit der Ansteuerung des geregelten Kühlmittelthermostats von der Umgebungslufttemperatur fest, die er für technisch nicht gerechtfertigt hält. Im Übrigen betrifft das Gutachten ein EU 5-Fahrzeug, während für das Fahrzeug des Klägers die EU 6-Norm gilt.

34

cc) Dass bei Fahrzeugen der Beklagten Funktionen „in Abhängigkeit der Prüfbedingungen“ geschaltet würden, wie der Kläger im Hinblick auf einen Bericht des B. R. vom 10.02.2021 (Anlage BB 5) vorträgt, ist ebenfalls nicht gleichbedeutend mit einer „Umschaltlogik“.

35

Denn der vom Kläger zitierte Bericht bestätigt nicht, dass bezüglich der Funktionsweise des SCR-Katalysators ein (effektiver) Modus nur auf dem Prüfstand, nicht aber unter gleichen Bedingungen im normalen Fahrbetrieb zur Anwendung kommt. Vielmehr bezieht sich die dort zitierte Auskunft des Bundesverkehrsministeriums, die der Kläger in seinem Schriftsatz vom 13.07.2021 (S. 11, Bd. II Bl. 195 d.A.) wörtlich wiedergibt, auf „Bedingungen, wie sie auch für die Typprüfung vorgegeben sind“. Daraus ergibt sich, dass der genannte Modus nicht nur bei der Typprüfung zur Anwendung kommt, sondern immer dann - mithin auch im normalen Fahrbetrieb -, wenn die für die Typprüfung geltenden Bedingungen gegeben sind. Dasselbe gilt für das Zitat zur Kühlmittelsolltemperatur-Regelung, wonach „unter Prüfbedingungen“ in einen Modus geschaltet werde, bei dem eine niedrige Kühlmitteltemperatur eingeregelt werde.

36

c) Was die vom Kläger behaupteten Abschaltinrichtungen angeht - „Thermofenster“, geregeltes Kühlmittelthermostat, Regelung der AdBlue-Dosierung -, kann offen bleiben, ob diese als unzulässige Abschaltinrichtung im Sinne der VO (EG) Nr. 715/2007 und der vom EuGH dazu vorgenommenen Auslegung (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18, NJW 2021, 1216) anzusehen sind. Selbst wenn insoweit objektiv rechtswidrige Abschaltinrichtungen vorliegen sollten, begründet deren Verwendung im Fahrzeug des Klägers allein nicht den Vorwurf vorsätzlich sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten. Weitere Umstände, aus denen sich eine besondere Verwerflichkeit ergeben könnte, zeigt der Kläger nicht auf.

37

aa) Hinsichtlich der von der Außentemperatur abhängigen Steuerung der Abgasrückführung („Thermofenster“) setzt die Annahme objektiver Sittenwidrigkeit jedenfalls voraus, dass die handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Urteil vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 19). Für ein solches Vorstellungsbild liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor.

38

Die Beklagte begründet die temperaturabhängige Funktionsweise des AGR-Systems damit, dass die Reduzierung der Abgasrückführung bei niedrigen Umgebungstemperaturen dem Bauteilschutz diene, weil sie einem Versottungsrisiko vorbeuge. Die Reduktion erfolge auch nicht unmittelbar bei Verlassen des Temperaturbereichs des NEFZ (zwischen 20°C und 30°C), sondern beginne erst unterhalb von 7°C. Die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung sei im Produktionszeitraum des streitgegenständlichen Fahrzeugs gängiger Industriestandard gewesen.

39

Dass die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren gegenüber dem KBA falsche oder bewusst unzureichende Angaben gemacht hätte, ist nicht ersichtlich. Unstreitig hat die Beklagte angegeben, dass die AGR-Rate durch den Parameter „Lufttemperatur“ gesteuert sei. Das ist entgegen der Auffassung des Klägers ausreichend. Es ist nicht ersichtlich, dass zum Zeitpunkt des Typgenehmigungsverfahrens für das streitgegenständliche Fahrzeug weitergehende Angaben erforderlich gewesen wären. Abgesehen davon hätte es dem KBA freigestanden, bei Unklarheiten oder Unvollständigkeiten nachzufragen. Angaben über „Standard-Emissionsstrategien“ und „zusätzliche Emissionsstrategien“ waren erst seit 16.05.2016 nach VO (EU) Nr. 646/2016 gefordert, mithin nicht für das streitgegenständliche Fahrzeug, das bereits im März 2016 erstmals zugelassen worden war. Deshalb muss die Beklagte auch nicht unter dem Gesichtspunkt der sekundären Darlegungslast detailliert zu ihren Angaben im Typgenehmigungsverfahren vortragen. Ebenso kann die vom EuGH mit Urteil vom 17.12.2020 (C-693/18) vorgenommene Auslegung des Begriffs der unzulässigen Abschaltvorrichtung kein Indiz dafür sein, dass die Beklagte Jahre vor Erlass dieser Entscheidung im Typgenehmigungsverfahren bezüglich des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps eine bewusste Täuschung gegenüber dem KBA begangen hat.

40

bb) Auch hinsichtlich des im Fahrzeug des Klägers vorhandenen „geregelten Kühlmittelthermostats“ sind keine Umstände ersichtlich, die den Schluss auf ein verwerfliches Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen zulassen.

41

Schon nach dem Vortrag des Klägers wird diese Funktion vom KBA nicht grundsätzlich als unzulässig angesehen. Ausweislich der von ihm zitierten Auskunft des KBA vom 23.02.2021 (im Verfahren 16a U 69/19 vor dem Oberlandesgericht Stuttgart) weisen die Dieselmotoren OM 651 sowie OM 640 und OM 642 der Beklagten diese Schadstoff- und Abgasstrategie auf. In dieser Auskunft weist das KBA aber darauf hin, dass das nicht zwangsläufig bedeutet, dass diese Schadstoff- und Abgasstrategie in allen Fahrzeugtypen mit diesen Motoren als unzulässig einzustufen ist. Einige Fahrzeuge verfügten über diese Strategie und nutzten sie auch, anderen verfügten zwar in ihrer Software darüber, nutzten sie aber nicht wirksam (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 01.06.2021, S. 5, Bd. III Bl. 124 d.A.).

42

Die Beklagte begründet die zeitweilige Absenkung der eigentlichen Öffnungstemperatur für das Kühlmittelthermostat bei bestimmten Betriebsbedingungen damit, dass so die Motorerwärmung verzögert werde, um ein günstiges Verhältnis zwischen Stickoxid-Emissionen und Rußpartikeln herzustellen. Diese Maßnahme funktioniere technisch aber nur für die Phase des Motorwarmlaufs, danach habe die Funktion praktisch keinen Effekt mehr. Der übermäßige Einsatz berge zudem Risiken für Motor, Bauteile und den sicheren Betrieb. Deshalb sei auch die Einstellung einer Maximaldauer („Timer“) technisch sinnvoll.

43

Dass diese Funktion vom KBA beim streitgegenständlichen Fahrzeug beanstandet worden wäre, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Schon nach den eigenen Ausführungen des Klägers sind die Rückrufe wegen dieser Funktion sämtlich bei EU 5-Fahrzeugen erfolgt. Zudem hat die Beklagte ausführlich dargelegt, dass Rückrufe im Zusammenhang mit der Funktion des geregelten Kühlmittelthermostats nur solche Fahrzeuge betreffen, die ohne sie die Grenzwerte nicht einhielten. Das sei bei rund 6% der Fahrzeuge der Beklagten unstreitig der Fall, bei weiteren rund 14% sei dies zwischen der Beklagten und dem KBA streitig. Kein EU 6-Fahrzeug der Beklagten sei von einem Rückruf im Zusammenhang mit dem geregelten Kühlmittelthermostat betroffen. Der Kläger hat diesen Vortrag nicht bestritten. Darüber hinaus wird für das Fahrzeug des Klägers unstreitig ein freiwilliges Software-Update angeboten. Freiwillige Maßnahmen werden jedoch nach Auskunft des KBA nur bei Fahrzeugen durchgeführt, bei deren amtlicher Untersuchung keine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt worden ist (vgl. Schreiben des KBA vom 20.08.2020 im Verfahren LG Stuttgart 11 O 500/19, Anlage BK 23; Schreiben des KBA vom 18.03.2021 im Verfahren OLG Düsseldorf I-19 U 69/19, Anlage BK 22).

44

Soweit der Kläger - u.a. gestützt auf ein Gutachten des Sachverständigen H. vom 12.11.2020 im Verfahren 27 O 230/18 vor dem Landgericht Stuttgart (Anlage BB 6) - behauptet, das geregelte Kühlmittelthermostat arbeite in Abhängigkeit von den Prüfbedingungen, greift seine Argumentation schon deswegen nicht durch,

weil sich das Gutachten auf das Modell E 250 CDI EU 5 bezieht und seine Aussagen ausdrücklich (vgl. Seite 6 des Gutachtens) auf Modelle der EU 5 - Norm beschränkt. Bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug handelt es sich aber um ein solches nach der Euro 6 - Norm. Entgegen der Auffassung des Klägers geht der Sachverständige auf S. 3 seines Gutachtens gerade nicht von der Übertragbarkeit auf EU 6-Fahrzeuge aus, sondern hebt hervor, dass bei diesen - anders als bei EU 5-Fahrzeugen - ein ähnliches Kennfeld niedrigere Solltemperaturen bei höherer Motorlast habe. Das vom Kläger auszugsweise zitierte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. E. vom 14.02.2021 in dem Verfahren vor dem Landgericht Ellwangen 2 O 507/19 betrifft ebenfalls ein Fahrzeug, für das die EU 5 - Norm gilt (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 01.06.2021, S. 10), desgleichen die Auskunft des KBA vom 09.03.2021 im Verfahren vor dem Landgericht Mönchengladbach 11 O 133/19 (Anlage BB 6) und die Auskunft der Bundesregierung zum Sprinter-Rückruf (BT-Drs. 19/14690).

45

Dass die Beklagte bezüglich des „geregelten Kühlmittelthermostats“ Mitteilungspflichten bewusst verletzt hätte, ist nicht ersichtlich. Der Kläger trägt schon nicht vor, woraus sich diese hätten ergeben sollen. Die Auffassung des Klägers, die Einstellung einer maximalen Zeitdauer für die Anwendung dieser Funktion durch einen „Timer“ sei evident unzulässig, ist schon dadurch widerlegt, dass das KBA die Funktion des geregelten Kühlmittelthermostats nicht grundsätzlich als unzulässige Abschaltvorrichtung bewertet und hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps nicht beanstandet hat. Ob die vom Kläger als Anlage BB 6 vorgelegte Auskunft des KBA vom 09.03.2021 an das Landgericht Mönchengladbach zum Verfahren 11 O 133/19 inhaltlich richtig ist - was die Beklagte bestreitet - kann dahinstehen. Die Auskunft betrifft ein Fahrzeug des Typs C 220 CDI, OM 651 EU 5; hier geht es um ein EU 6-Fahrzeug.

46

cc) Hinsichtlich der Funktionsweise des SCR-Katalysators, bei der zwei unterschiedliche Betriebsarten für die Dosierung der AdBlue-Einspritzung verwendet werden, nämlich die Speicher- bzw. Füllstandberechnung einerseits und die Online-Berechnung andererseits, bezieht sich der Kläger auf den Vortrag der Beklagten aus einem Parallelverfahren. Schon aus diesem Vortrag ergibt sich, dass der Wechsel der Berechnungsmodelle dazu dient, bei der Zuführung von „AdBlue“ zu verhindern, dass umweltschädliches Ammoniak aus dem Auspuff austrete („Ammoniakschlupf“). Nach der Erläuterung der Beklagten könnten die Sensoren nicht zwischen Stickoxid und Ammoniak unterscheiden, auch könne der Füllstand des im SCR-Katalysator gespeicherten Ammoniaks nicht gemessen werden, sondern werde näherungsweise berechnet. Wegen des Risikos einer „AdBlue“-Überdosierung und eines „Ammoniakschlupfes“ wechsele deshalb das System nach Ausstoß einer bestimmten Gesamtmenge an Stickoxid-Rohemissionen innerhalb einer bestimmten Zeit in die Online-Berechnung.

47

Dieser Sachverhalt bietet keine greifbaren tatsächlichen Anknüpfungspunkte dafür, dass der Einsatz der beiden Betriebsarten von einer verwerflichen Gesinnung der Beklagten getragen wäre. Solche Anhaltspunkte zeigt auch der Kläger nicht auf. Seinen Vortrag erster Instanz, der AdBlue-Tank sei mit 8 Litern zu klein, hat er nicht aufrechterhalten; er ist der Erwiderung der Beklagten nicht entgegengetreten, wonach der AdBlue-Tank tatsächlich 26 Liter fasst. Die Behauptung des Klägers, der Einbau zu kleiner AdBlue-Tanks gehe auf Absprachen mehrerer Automobilhersteller zurück, geht damit ins Leere. Dass die Europäische Wettbewerbsbehörde gegen die Beklagte und andere Automobilhersteller wegen wettbewerbswidriger Absprachen bei Abgasreinigungstechnologien für neue Diesel- und Benzin-Pkw ermittelt (hat), begründet entgegen der Auffassung des Klägers keine Vermutung sittenwidrigen Verhaltens im Verfahren der Typgenehmigung. Soweit der Kläger vorträgt, die Beklagte nutze aus Kostengründen ein bereits 1997 patentiertes Verfahren zur Messung von Ammoniak nicht, ist schon nicht ersichtlich, dass ein Einsatz in der Serienproduktion möglich war, geschweige denn, dass die Entscheidung der Beklagten für eine andere technische Lösung als verwerflich anzusehen wäre.

48

Aus dem Anschreiben der Beklagten an ihre Werkstätten (Anlage BB 3) kann der Kläger nichts für sich herleiten. Das Schreiben betrifft Aktualisierungen der Software im Rahmen der mit dem KBA abgestimmten freiwilligen Kundendienstmaßnahme. Die betroffenen Kunden würden vorab angeschrieben, deshalb sei eine Benachrichtigung durch die jeweilige Niederlassung nicht erforderlich. Den Kunden sei ein Ergänzungsheft für die Betriebsanleitung auszuhändigen.

49

3. Andere deliktische Anspruchsgrundlagen kommen nicht in Betracht.

50

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB scheidet aus, da weder eine Täuschung noch eine Schädigungsabsicht substantiiert dargelegt sind. Auch zu den Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 iVm § 16 Abs. 1 UWG fehlt konkreter Vortrag dazu, dass die Beklagte hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs unwahre Angaben gemacht hätte. Auf § 823 Abs. 2 BGB iVm Art. 5 Abs. 1 VI (EG) 715/2007 oder §§ 6, 27 EG-FGV kann der Kläger seine Ansprüche nicht stützen, da diese Bestimmungen keine Schutzgesetze sind (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 5/20, Rn. 12 ff).

51

4. Ansprüche aus §§ 433, 437 Nr.2, 323, 326, 346 ff. BGB bestehen ebenfalls nicht.

52

Dabei kann dahinstehen, ob greifbare Anhaltspunkte für einen Sachmangel vorliegen. Jedenfalls sind die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Kaufvertrag nicht gegeben, weil der Kläger der Beklagten keine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt hat.

53

a) Ein Mangel ist nicht schon deshalb gegeben, weil Messungen der DUH im Fahrbetrieb einen über dem Grenzwert liegenden Stickoxid-Ausstoß ergeben haben. Maßgeblich für die Typgenehmigung sind hier ausschließlich die unter den standardisierten Bedingungen des NEFZ gemessenen Werte.

54

Ein Mangel kann hier allenfalls darin liegen, dass im Falle des Vorliegens einer unzulässigen Abschaltvorrichtung die (konkrete oder auch nur latente) Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung bestand (vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 = NJW 2019, 1133). Das erscheint fraglich. Das KBA hat für das streitgegenständliche Fahrzeug keinen Rückruf angeordnet. Zudem wird für das Fahrzeug unstreitig ein freiwilliges Software-Update angeboten. Freiwillige Maßnahmen werden jedoch nach Auskunft des KBA nur bei Fahrzeugen durchgeführt, bei deren amtlicher Untersuchung keine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt worden ist (vgl. Schreiben des KBA vom 20.08.2020 im Verfahren LG Stuttgart 11 O 500/19, Anlage BK 23; Schreiben des KBA vom 18.03.2021 im Verfahren OLG Düsseldorf I-19 U 69/19, Anlage BK 22). Das kann jedoch offen bleiben, da die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Kaufvertrag nicht vorliegen.

55

b) Anders als der Kläger meint, liegt kein Fall des § 440 S. 1, 3. Alt. BGB vor. Ein etwa durch eine unzulässige Abschaltvorrichtung begründeter Mangel kann durch das Aufspielen eines Software-Updates behoben werden. Eine solche Art der Nachbesserung ist nicht unzumutbar. Die vom Kläger vorgebrachten technischen Gründe für die behauptete Unzumutbarkeit der Nachbesserung greifen schon deshalb nicht durch, weil ein solches Update vom KBA zu genehmigen ist. Dass das Fahrzeug wegen des „Makels“ auf dem europäischen Fahrzeugmarkt quasi unverkäuflich sei, stellt eine Behauptung ins Blaue hinein dar, die im Übrigen angesichts der durchgehenden und uneingeschränkten Nutzung des Fahrzeugs abwegig erscheint.

III.

56

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

57

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgte gem. §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

58

Der Streitwert wurde gem. §§ 47, 48 GKG, 3 ZPO festgesetzt.

IV.

59

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) liegen nicht vor. Die Rechtssache hat - trotz der Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle - weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat weicht nicht hinsichtlich der Anwendung eines Rechtssatzes von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs ab. Der Senat hat im Streitfall auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Voraussetzungen für ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten und zur Darlegungs- und Beweislast anhand des vom Kläger behaupteten individuellen Sachverhaltes und der Darlegungen der Beklagten hierzu entschieden. Im Hinblick darauf steht die Entscheidung des Senats nicht in entscheidungserheblicher Divergenz zu Urteilen anderer Oberlandesgerichte, die im jeweiligen Einzelfall die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte bejaht haben (so etwa OLG Naumburg, Urteil vom 18.09.2020 - 8 U 8/20; OLG Köln, Urteil vom 05.11.2020 - 7 U 35/20).