

**Titel:**

**Weder Fristsetzung noch sittenwidrige Schädigung beim Erwerb eines Daimler-Diesel-Fahrzeugs (hier: Mercedes Benz E 350 Blue Tec)**

**Normenketten:**

BGB § 123, § 134, § 323, § 346, § 348, § 433, § 434 Abs. 1, § 437 Nr. 2, § 440, § 812, § 826  
Fahrzeugemissionen-VO Art. 5 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Vgl. auch zur Thematik des "Thermofensters" bei Daimler-Fällen grundlegend BGH BeckRS 2021, 847 sowie KG BeckRS 2020, 9869, mwN in Rn. 17; OLG Köln BeckRS 2019, 15640; BeckRS 2019, 38788; BeckRS 2020, 8398; OLG Stuttgart BeckRS 2019, 17247; OLG Koblenz BeckRS 2019, 25135; BeckRS 2019, 32707; BeckRS 2020, 9863; OLG München BeckRS 2020, 24517; BeckRS 2021, 30059; OLG Celle BeckRS 2019, 33326; OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2019, 30856; OLG Schleswig BeckRS 2019, 23793; BeckRS 2020, 37024; OLG Oldenburg BeckRS 2020, 8864; BeckRS 2020, 9827; BeckRS 2020, 48179; OLG Bamberg BeckRS 2019, 43152; BeckRS 2020, 9901; BeckRS 2021, 29894; OLG Brandenburg BeckRS 2020, 35733; BeckRS 2020, 35731; BeckRS 2020, 35720; BeckRS 2021, 7532; BeckRS 2021, 7536; BeckRS 2021, 7533; BeckRS 2021, 19037; OLG Dresden BeckRS 2019, 23150. (redaktioneller Leitsatz)

2. Bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems fehlt es an einem arglistigen Vorgehen der Herstellerin, das die Qualifikation ihres Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde, denn wenn dieses sog. Thermofenster nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb unterscheidet, sondern sich nach der Umgebungstemperatur richtet, ist es nicht offensichtlich auf eine „Überlistung“ der Prüfungssituation ausgelegt. (Rn. 11) (redaktioneller Leitsatz)

3. Der rechtlichen Einschätzung zum Thermofenster konnte bis zur Entscheidung des EuGH v. 17.12.2020 auch eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung zugrunde liegen, dass es sich um eine zulässige Abschaltvorrichtung handele. (Rn. 16) (redaktioneller Leitsatz)

4. Eine Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nicht entbehrlich, denn ein Vertrauensverlust gegenüber der Herstellerin wegen einer ihr etwaig anzulastenden Täuschungshandlung vermag eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung im Wege der Durchführung eines Software-Updates gegenüber der Händlerin nicht zu begründen. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, OM 642, Sittenwidrigkeit, unzulässige Abschaltvorrichtung, Thermofenster, Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, arglistige Täuschung, KBA, vertretbare Gesetzesauslegung, Fristsetzung zur Nacherfüllung, VO (EG) 715/2007

**Vorinstanz:**

LG Augsburg, Endurteil vom 12.02.2021 – 95 O 1308/20

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 12.02.2021, Az. 095 O 1308/20, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtsache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 20.06.2021.

3. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert im Berufungsverfahren auf 26.000,00 € festzusetzen. Binnen vorgenannter Frist können die Parteien auch zum Streitwert des Berufungsverfahrens Stellung nehmen.

## Entscheidungsgründe

I.

1

Das Endurteil des Landgerichts Augsburg entspricht der Sach- und Rechtslage.

2

1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

3

Die Tatsache, dass der Kläger in der Berufungsbegründung (vgl. S. 3) pauschal auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen Bezug nimmt, macht die Berufung nicht unzulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 25.09.2018 - XI ZB 7/17, BeckRS 2018, 26273 Rn. 11 m.w.N.), da er im Folgenden die tragenden Gründe des landgerichtlichen Urteils angreift.

4

2. Die Berufung ist aber offensichtlich unbegründet. Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Entscheidungserhebliche Rechtsfehler im Sinne des § 520 Abs. 3 ZPO sind nicht ersichtlich und werden von der Berufung auch nicht aufgezeigt. Zu den Berufungsangriffen ist Folgendes anzumerken:

5

a) aa) Mangels vertraglicher Beziehungen zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) kommt allenfalls eine deliktische Haftung der Beklagten zu 1) im Zusammenhang mit dem vom Kläger vorgenommenen Erwerb des gebrauchten Pkws Mercedes Benz E 350 Blue Tec, FIN: ... Erstzulassung: 19.03.2014, Kilometerstand 75.860 km, zum Preis von 26.000,00 €, ausgestattet mit einem Dieselmotor Typ OM 642 (Abgasnorm Euro 6), am 09.04.2019 bei der Beklagten zu 2) (Anlage K1 a) in Betracht.

6

Der Senat teilt insoweit in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung die Auffassung, dass für eine deliktische Haftung der Beklagten zu 1) der Kläger grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für alle Anspruchsvoraussetzungen trägt (BGH, NJW 2019, 3638, 3641; OLG München, NJW-RR 2019, 1497, 1498; Senat, Hinweisbeschluss vom 13.11.2020 - 27 U 4262/20). Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person hat der Anspruchsteller dementsprechend auch darzulegen und zu beweisen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat (BGH, Urteil vom 26.01.2021 - VI ZR 405/19, BeckRS 2021, 1283 Rn. 15; BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 35). Dieser Grundsatz erfährt eine Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis von den maßgeblichen Umständen und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. In diesem Fall trifft den Prozessgegner eine sekundäre Darlegungslast, im Rahmen derer es ihm auch obliegt, zumutbare Nachforschungen zu unternehmen. Dem Bestreitenden obliegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist. Die sekundäre Darlegungslast führt jedoch weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozessserfolg benötigten Informationen zu verschaffen (BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 27). Genügt er seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BGH, Urteil vom 26.01.2021 - VI ZR 405/19, BeckRS 2021, 1283 Rn. 16; BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 36 ff.). Eine etwaige sekundäre Darlegungslast der Gegenseite setzt aber voraus, dass der Anspruchsteller zumindest hinreichende, greifbare Anhaltspunkte hierfür dargelegt hat (OLG München, NJW-RR 2019, 1497, 1500 Rn. 44).

7

bb) Selbst wenn man unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze zugunsten der Klagepartei hinsichtlich des Schadenseintritts das erleichterte Beweismaß des § 287 ZPO für ausreichend erachten würde, steht

vorliegend dem Kläger gegen die Beklagte zu 1) weder ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB (analog) bzw. § 831 BGB noch aus anderen deliktsrechtlichen Vorschriften zu. Das Landgericht hat das Verhalten der Beklagten zu 1) auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen mit Recht nicht als verwerflich im Sinne des § 826 BGB angesehen. Es fehlt vorliegend bezüglich eines Anspruchs aus § 826 BGB jedenfalls an der schlüssigen Darlegung eines sittenwidrigen Verhaltens wie auch eines Schädigungsvorsatzes der Beklagten.

## 8

(1) (a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt nicht schon der Verstoß gegen vertragliche oder gesetzliche Pflichten; vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, NJW 2014, 1380 Rn. 8 m.w.N.). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 541/15, BeckRS 2016, 17389 Rn. 17 m.w.N.). Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2016 - VI ZR 541/15, BeckRS 2016, 17389 Rn. 17). 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 (BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, BeckRS 2021, 4148 Rn. 12; BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, BeckRS 2021, 847 Rn. 14).

## 9

Bezüglich einer eventuellen sittenwidrigen Täuschungshandlung der Beklagten ist hierbei im vorliegenden Fall nicht allein auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Pkws mit dem Motor OM 642 abzustellen. Vielmehr ist für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als (nicht) sittenwidrig in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter zu ermitteln, wobei hierbei der Betrachtung das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen ist. Dies wird insbesondere dann bedeutsam, wenn die erste potenziell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfallen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat (vgl. BGH, Urteil vom 13.04.2021 - VI ZR 276/20, BeckRS 2021, 10166 Rn. 7 f.; BGH, NJW 2020, 2798, 2802).

## 10

(b) Ob die Funktionsweise des sogenannten „Thermofensters“ (vgl. Klageschrift, S. 13, Berufungsbegründung, S. 7 ff.) mit den Vorgaben des einschlägigen Unionsrechts in Einklang steht, wurde von Rechtsprechung und Literatur bislang nicht einheitlich bewertet (vgl. zum Meinungsstand OLG München, Beschluss vom 29.09.2020 - 8 U 201/20, BeckRS 2020, 24517 Rn. 27 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 01.04.2020 - 12 U 75/19, BeckRS 2020, 9840 Rn. 32 m.w.N.). Nunmehr hat der Gerichtshof der Europäischen Union zwar entschieden, dass ein Pkw-Hersteller keine Abschaltvorrichtung einbauen darf, die bei Zulassungsverfahren systematisch die Leistung des Systems zur Kontrolle der Emissionen von Fahrzeugen verbessert, um ihre Zulassung zu erreichen. Auch die Tatsache, dass eine solche Abschaltvorrichtung dazu beiträgt, den Verschleiß oder die Verschmutzung des Motors zu verhindern, könne ihr Vorhandensein nicht rechtfertigen (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18, BeckRS 2020, 35477). Der Bundesgerichtshof hat aber klargestellt, dass die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) nicht bereits deshalb gegeben sind, weil ein Hersteller Fahrzeugtypen aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems („Thermofenster“) ausgestattet und in den Verkehr gebracht hat. Dieses Verhalten ist für sich genommen nicht als sittenwidrig zu qualifizieren. Dies gilt auch dann, wenn der Hersteller mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, BeckRS 2021, 847 Rn. 13).

## 11

(c) Vorliegend vermag der Senat auch auf Basis des klägerischen Vortrags, insbesondere des Hinweises des Klägers auf Ermittlungen US-amerikanischer Behörden bzw. Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Stuttgart (vgl. Klage, S. 6) und der vom Kläger behaupteten millionenfachen Täuschung (vgl. Klage, S. 22 ff.) nicht darauf zu schließen, dass die Beklagte bei der Entscheidung zum Einbau des

konkreten Motors in den Pkw des Klägers unter Berücksichtigung insbesondere der Tatsache, dass von der Beklagten für den streitgegenständlichen Motor ein Software-Update entwickelt wurde, das von der Beklagten als freiwillige Servicemaßnahme (FSM) angeboten wird, in sittenwidriger Weise tätig wurde. Die Applikation einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht mit der Verwendung der Prüfstandserkennungssoftware zu vergleichen. Anders als eine Software zur Prüfstanderkennung zielt das vom Kläger behauptete „Thermofenster“ nach dessen Vortrag darauf, dass die Abgasrückführung temperaturabhängig stärker oder weniger stark aktiviert beziehungsweise abgeschaltet wird (vgl. Klage, S. 13). Bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems fehlt es an einem arglistigen Vorgehen der Beklagten zu 1), das die Qualifikation ihres Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, BeckRS 2021, 847 Rn. 18). Wenn das für das Fahrzeug des Klägers allein konkret in Rede stehende Thermofenster nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb unterscheidet, sondern sich nach der Umgebungstemperatur richtet, ist es nicht offensichtlich auf eine „Überlistung“ der Prüfungssituation ausgelegt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 - I - 5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 30; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 07.11.2019 - 6 U 119/18, BeckRS 2019, 30856 Rn. 31). Bei einer die Abgasreinigung beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand und bei der Gesichtspunkte des Motor- bzw. des Bauteilschutzes - bis zur Entscheidung des EuGH, s.o. - als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden konnten, kann bei Fehlen jedweder, konkreter Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen bei der Beklagten zu 1) in dem Bewusstsein gehandelt haben, möglicherweise eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Vielmehr muss in dieser Situation auch eine falsche, aber vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe der Beklagten zu 1) in Betracht gezogen werden (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 - I - 5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 32; OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 - 3 U 148/18, BeckRS 2019, 15640 Rn. 5). Aber selbst ein - unterstellter - Gesetzesverstoß der Beklagten zu 1) würde nicht ausreichen, um das Gesamtverhalten der Beklagten zu 1) als sittenwidrig zu qualifizieren (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, BeckRS 2021, 4148 Rn. 26). Eine Sittenwidrigkeit kommt - was hier nicht der Fall ist - nur in Betracht, wenn über die bloße Kenntnis von der Verwendung der Software mit der in Rede stehenden Funktionsweise in dem streitgegenständlichen Motor auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass dieses von Seiten der Beklagten zu 1) in dem Bewusstsein geschah, möglicherweise gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, BeckRS 2021, 4148 Rn. 28; BGH, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19, BeckRS 2021, 847 Rn. 19; OLG Stuttgart, NZV 2019, 579, 584 f.).

## 12

Nicht zu folgen ist auch der Auffassung des Klägers, das sittenwidrige Verhalten eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Beklagten könne mittels einer Zurechnung fremden Wissens begründet werden (vgl. Klage, S. 26 f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB voraus, dass einer ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB persönlich verwirklicht hat. Über eine Wissenszusammenrechnung führt kein Weg zu dem für das Merkmal der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB erforderliche moralische Unwerturteil. Insbesondere lässt sich die die Verwerflichkeit begründende bewusste Täuschung nicht dadurch konstruieren, dass die im Hause der juristischen Person vorhandenen kognitiven Elemente „mosaikartig“ zusammengesetzt werden, weil eine solche Konstruktion dem personalen Charakter der Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB nicht gerecht würde (BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 23).

## 13

Im Übrigen bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 1) mit dem Software-Update für das Fahrzeug des Klägers eine von vornherein rechtswidrige Beseitigungsmaßnahme entwickeln hat lassen.

## 14

(2) (a) Zudem fehlt es jedenfalls an dem für eine deliktische Haftung notwendigen Schädigungsvorsatz der Beklagten zu 1), der bei einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten zu 1) hätte vorliegen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 32) bzw. dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 01.04.2020 - 12 U 75/19, BeckRS 2020,

9840). Vorsatz enthält ein „Wissens-“ und ein „Wollenselement“. Der Handelnde muss die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss - im Fall des § 826 BGB die Schädigung des Anspruchstellers -, gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben (vgl. BGH, VersR 2002, 613, 615; Palandt/Grüneberg, 80. Auflage 2021, BGB, § 276 Rn. 10). Die Annahme der - vorliegend auch in Betracht kommenden - Form des bedingten Vorsatzes setzt voraus, dass der Handelnde die relevanten Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1207, 1210). Der Vorsatz muss sich auch auf den Schaden erstrecken, eine nur allgemeine Vorstellung über eine etwa mögliche Schädigung genügt nicht (BGH, NJW 2001, 2880, 2882). Jedenfalls hinsichtlich des Wollenselements des Vorsatzes ist es erforderlich, dass Personen, für deren Verhalten die Beklagte zu 1) nach § 31 BGB einzustehen hat, Kenntnis vom Einsatz der Manipulationssoftware und ihrer Unzulässigkeit besaßen (BGH, Urteil vom 08.03.2021 - VI ZR 505/19, BeckRS 2021, 6243 Rn. 32 m.w.N.). Dagegen reicht es nicht aus, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen. In einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, NJW-RR 2012, 404 Rn. 10).

## 15

(b) Ein Schädigungsvorsatz der Beklagten zu 1) bzw. ihrer verfassungsmäßigen Vertreter (§ 31 BGB) oder Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) lässt sich nicht daraus ableiten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einem sogenannten „Thermofenster“-Mechanismus ausgestattet ist.

## 16

Anders als bei einer Software, die die Situation auf dem Prüfstand erkennt, deswegen in einen anderen Modus schaltet und deren Unzulässigkeit deshalb ebenso wie die Gefahr eines Widerrufs der erschlichenen Betriebszulassung auf der Hand liegt, ist dies beim sog. „Thermofenster“ gerade nicht der Fall. Es sind vorliegend auch unter Berücksichtigung des von der Beklagten zu 1) entwickelten Software-Updates und insbesondere der Überlegungen des Klägers zum Normverständnis der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 (vgl. Berufungsbegründung, S. 17 f.) keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Einbau der Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in den streitgegenständlichen Motor OM 642 in dem Bewusstsein geschehen ist, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde. Denn der Einschätzung im Hinblick auf das Thermofenster konnte auch eine möglicherweise falsche, aber bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17.12.2020 dennoch vertretbare Gesetzesauslegung zugrunde liegen, dass es sich um eine zulässige Abschaltvorrichtung handele. Unerheblich ist hierbei, ob es andere technische Möglichkeiten gab, mit denen auch bei geringerer Reduzierung der Abgasrückstände das Risiko von Motorschäden vermieden und zugleich die weiteren Schadstoffgrenzen eingehalten werden konnten. Unabhängig davon, ob solche Möglichkeiten der Beklagten zu 1) auch bekannt gewesen waren, kann es keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2020 - I-5 U 110/19, BeckRS 2020, 9904 Rn. 42). Im Übrigen reicht es in Anbetracht der vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätze für den Nachweis eines vorsätzlichen Handelns der Beklagten zu 1) auch nicht aus, dass - wie der Kläger u.a. vorträgt - die Motorsteuerungssoftware in vielen tausend Fahrzeugen programmiert wird (vgl. Berufungsbegründung, S. 16) und die vom Kläger behauptete Manipulation einen enormen Schaden bei der Umwelt und bei der Gesundheit von Mensch und Tier verursacht hat (vgl. Berufungsbegründung, S. 16).

## 17

(3) Etwas anderes ergibt sich hinsichtlich Sittenwidrigkeit und Vorsatz der Beklagten nicht daraus, dass der Kläger auf weitere, aus seiner Sicht unzulässige Abschaltvorrichtungen bzw. softwaretechnische Manipulationen (Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, vgl. Klage, S. 8 ff., 14, Ad-Blue-Bit 13 - Bit 15 / SCR-Katalysator und Splipquard-Funktion, vgl. Klage, S. 14 ff., Schriftsatz vom 10.09.2020, S. 2 ff., Berufungsbegründung, S. 11 ff.) abstellt.

## 18

Der Kläger hat bezüglich der vorgenannten technischen Regelungen - gemessen an den oben genannten Maßstäben - eine im Fall ihrer Erweislichkeit die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB erfüllende Indizienkette nicht vorgetragen. Zwar durfte er sich auch auf nur vermutete Tatsachen stützen, denn er kann mangels Sachkunde und Einblick in die Produktionsabläufe der Beklagten zu 1) keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben, weswegen er diese als Vermutungen in den Rechtsstreit einführen können muss

(vgl. BGH, VersR 1995, 433 Rn. 15 ff.). Dem Kläger ist es aber nicht gelungen darzulegen, aufgrund welcher Untersuchungen bzw. Feststellungen hinsichtlich seines Pkws sich ergeben haben soll, dass die in diesem vorhandene Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung tatsächlich eine Unterscheidung zwischen dem Betrieb auf dem Prüfstand und dem normalen Straßenbetrieb trifft und somit als unzulässig im Sinne der Verordnung 715/2007/EG angesehen werden muss. Hinsichtlich des Vortrags des Klägers, dass das System so konditioniert sei, dass das Fahrzeug zwischen dem Prüfstand und dem allgemeinen Straßenbetrieb unterscheidet und es infolge dessen zu unterschiedlichen Abgasrückführungen komme, ist nicht belastbar dargelegt, wer dies (und wie) in dem betroffenen Fahrzeug des Klägers tatsächlich festgestellt haben will. Soweit der Kläger im Zusammenhang mit dem SCR-Katalysator auf Stellungnahmen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur bzw. einen Bericht des Bayerischen Rundfunks (Anlage BK 2) Bezug nimmt (Berufungsbegründung, S. 12 f.), ist nicht ersichtlich, ob sich diese auf das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes Benz E 350 Blue Tec beziehen. Diese Behauptung ist auch in Verbindung mit den klägerseits in Bezug genommenen Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg vom 18.09.2020, Az. 8 U 8/20 (Anlage K24), nicht ausreichend, um einen Mangel des Fahrzeugs des Klägers in Form des Vorhandenseins einer illegalen Abschaltvorrichtung schlüssig darzutun. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Naumburg (vgl. OLG Naumburg, BeckRS 2020, 23552 Rn. 15 ff. und Anlage K24), dessen Urteil vom 18.09.2020 einen Pkw Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC mit dem Motor OM 651, Schadstoffklasse Euro 5, betraf, ist es aus Sicht des Senats nicht angängig, sämtliche Motoren einer Motorenfamilie ohne Berücksichtigung ihrer individuellen technischen Merkmale dem Generalverdacht einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu unterwerfen. Es ist in technischer Hinsicht unmittelbar einleuchtend, dass die Motorsteuerung in Abhängigkeit von Fahrzeugtyp, Volumen und Leistung erfolgt (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 - 3 U 148/18, BeckRS 2019, 15640 Rn. 5). Es ist aus Sicht des Senats auch nicht maßgeblich, ob z.B. eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung zum Motorschutz nicht notwendig gewesen ist, weil sich eine Abschaltvorrichtung durch Konzeption, Konstruktion oder Werkstoffwahl vermeiden lässt. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung liegt jedenfalls - wie oben ausgeführt - nicht vor, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Aus den vorgenannten Gründen ist damit auch ein drohender Verlust der Zulassung und die Gefahr einer Stilllegung gemäß § 5 FVZ durch die örtliche Zulassungsbehörde nicht belegt.

## 19

(4) Entsprechend gehen auch die Hinweise des Klägers auf die sekundäre Darlegungs- und Beweislast der Beklagten zu 1) aufgrund eines klägerischen Informationsdefizits ins Leere. Einer sekundären Darlegungslast fehlt es vorliegend an der erforderlichen Grundlage. Denn diese kommt erst zum Tragen, wenn die primär darlegungs- und beweisbelastete Partei Anknüpfungstatsachen schlüssig vorgetragen hat und sich daraus eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit ihres Vortrags ergibt (BGH, NJW 2015, 947, 948; OLG Stuttgart, NZV 2019, 579, 586 Rn. 90). Es bleibt auch im Rahmen der sekundären Darlegungslast bei dem Grundsatz, dass keine Partei verpflichtet ist, dem Gegner die für den Prozesssieg benötigten Informationen zu verschaffen (Zöller/Greger, ZPO, 33. Auflage 2020, vor § 284 Rn. 34).

## 20

cc) Auch die Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2, 31 BGB/831 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB sind nicht erfüllt, da es auch hier an der substantiierten Darlegung eines entsprechenden Vorsatzes der Beklagten zu 1) fehlt. Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall auch die für den Betrugstatbestand erforderliche Stoffgleichheit zwischen einer etwaigen Vermögensseinbuße des Klägers mit den denkbaren Vermögensvorteilen, die ein verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) oder Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB) der Beklagten zu 1) für sich oder einen Dritten erstrebt haben könnte, nicht gegeben, weil diese bzw. die Beklagte zu 1) keinen unmittelbaren Vorteil aus dem Kaufvertrag des Klägers mit der Beklagten zu 2) ziehen konnten (vgl. BGH, NJW 2020, 2798, 2801). Ein etwaiger dem Kläger entstandener Schaden kann stoffgleich allenfalls mit dem Vorteil sein, der der Beklagten zu 2) als Verkäuferin aus dem Fahrzeugverkauf zugeflossen ist (vgl. BGH, a.a.O.).

## 21

dd) Ebenfalls kann der Kläger - anders als er meint (vgl. Berufungsbegründung, S. 18 f.) - den geltend gemachten Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1) nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 31 BGB bzw. § 831 BGB, Art. 5 Abs. 1, 2 i.V.m. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV herleiten. Dieser Anspruch scheitert - neben der fehlenden schlüssigen Darlegung des erforderlichen subjektiven Tatbestandes, s. o. - bereits am

Schutzcharakter des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (BGH, NJW 2020, 2798, 2799 f.; BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 76; OLG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9904 Rn. 47 ff.).

## 22

b) Dem Kläger stehen auch keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeuges nach §§ 433, 434 Abs. 1, 437 Nr. 2, 440, 323, 346, 348 BGB zu. Ebenso kann der Kläger sein Begehren nicht auf die §§ 812, 123 BGB oder die §§ 812, 134 BGB stützen.

## 23

aa) Bei Vorliegen eines Sachmangels in Form einer vom Kläger behaupteten unzulässigen Abschaltvorrichtungen muss der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt haben, bevor er nach § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten darf. Eine solche Fristsetzung ist unstreitig nicht erfolgt. Eine Fristsetzung ist hier nicht bereits nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich. Auch der vom Kläger angeführte Vertrauensverlust gegenüber der Beklagten zu 1) als Herstellerin wegen einer der Beklagten zu 1) etwaig anzulastenden Täuschungshandlung vermag - entgegen der Rechtsansicht des Klägers (vgl. Berufungsbegründung, S. 21) - eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung im Wege der Durchführung eines Software-Updates gegenüber der Beklagten zu 2) als Händlerin nicht zu begründen. Ein etwaiges Verschulden der Beklagten zu 1) als Herstellerin muss sich die Beklagte zu 2) als Händlerin nicht zurechnen lassen, da der Hersteller nach allgemeiner Auffassung kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist (vgl. BGH, NJW 2019, 292 Rn. 97; OLG Saarbrücken, Urteil vom 15.01.2020 - 2 U 7/19, BeckRS 2020, 62 Rn. 28 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 01.04.2020 - 30 U 33/19, BeckRS 2020, 11615). Auch die vom Kläger geäußerte Befürchtung, dass Euro-6-Fahrzeuge nach dem Update einen deutlich gestiegenen AdBlue-Verbrauch aufweisen (vgl. Berufungsbegründung, S. 21), vermag die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung nicht zu begründen.

## 24

bb) Bezüglich eines Anspruchs des Klägers aus §§ 812, 123 BGB fehlt es vorliegend an einem arglistigen Verhalten der Beklagten zu 2) (vgl. Endurteil, S. 16). Die Nichtigkeit des zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) abgeschlossenen Kaufvertrages nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV kommt ebenfalls nicht in Betracht, da diese Bestimmung einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer nicht bezweckt und insoweit das Interesse, nicht mit einem ungewollten Vertragsverhältnis belastet zu werden, nicht umfasst (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 17.02.2021 - 7 U 20/20, BeckRS 2021, 2373 Rn. 2).

## 25

c) Mangels eines Anspruchs des Klägers gegen die Beklagten auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs befindet sich die Beklagten auch nicht in Annahmeverzug bzw. besteht kein Anspruch des Klägers auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

## 26

d) aa) Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union bzw. eine Aussetzung (§ 148 ZPO analog) des Rechtsstreits bis zum Vorliegen einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über anderweitige Vorlagen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedarf es nicht. Die hier erheblichen Fragen der Auslegung, insbesondere bezüglich des Schutzcharakters des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007, sind durch den Bundesgerichtshof geklärt (vgl. BGH, NJW 2020, 2798, 2799 f. m.w.N.). Dieser Beurteilung schließt sich der Senat an. Die Ausführungen des Klägers in der Berufungsbegründung (S. 18 ff.) vermögen in Anbetracht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs deshalb eine Aussetzung analog § 148 ZPO nicht zu rechtfertigen. Eine Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof ist auch nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV geboten; diese ein letztinstanzliches Gericht verpflichtende Vorschrift betrifft in einem der Nichtzulassungsbeschwerde unterliegenden Verfahren den Senat nicht.

## 27

bb) Dem Antrag des Klägers auf Zulassung der Revision (vgl. Berufungsbegründung, S. 2, 22) ist nicht zu entsprechen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Umstand, dass eine Vielzahl von gleichgelagerten Klagen anhängig gemacht worden sind und werden, gibt der Sache ebenso wenig grundsätzliche Bedeutung wie die Revisionszulassung durch andere Oberlandesgerichte, denn klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage nur dann, wenn sie vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden

worden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder wenn dazu in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden (BGH, Beschluss vom 15.08.2018 - XII ZB 32/18, NJOZ 2019, 662 Rn. 3; BGH, Beschluss vom 23.01.2018 - II ZR 73/16, BeckRS 2018, 9324 Rn. 12). Es liegt auch kein Fall der Divergenz vor, da der Senat mit seinem vorliegenden Beschluss von der bekannten obergerichtlichen Rechtsprechung, namentlich den Beschlüssen des Bundesgerichtshofs vom 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 und vom 26.01.2021, Az. VI ZR 405/19, BeckRS 2021, 1283 bzw. dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 nicht abweicht. Entscheidendes Kriterium ist insoweit, dass - was vorliegend nicht der Fall ist, insbesondere auch nicht im Hinblick auf die vom Kläger in der Berufungsbegründung vom 10.05.2021 in Bezug genommenen Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte - in der Entscheidung des Senats ein abstrakter Rechtssatz aufgestellt wird, der von einem in anderen Entscheidungen eines höheren oder eines gleichgeordneten Gerichts aufgestellten - tragenden - abstrakten Rechtssatz abweicht (BGH, Beschluss vom 23.01.2018 - II ZR 73/16, BeckRS 2018, 9324 Rn. 10; BGH, DNotZ 2016, 139 Rn. 2 m.w.N.; OLG München, Beschluss vom 02.10.2019 - 5 U 4239/19, BeckRS 2019, 45873 Rn. 13). Es ist auch kein Revisionszulassungsgrund, angesichts noch laufender Parallelverfahren eine einheitliche Rechtsprechung zu sichern. Insbesondere liegt eine Abweichung von einem in einer anderen Entscheidung aufgestellten Rechtssatz nicht schon deshalb vor, weil andere Oberlandesgerichte nach der vorliegenden Entscheidung eine abweichende Entscheidung treffen könnten. Ein Rechtssatz, von dem abgewichen wird, liegt damit noch nicht vor (BGH, DStRE 2019, 1490 Rn. 13 f.; OLG München, Beschluss vom 02.10.2019 - 5 U 4239/19, BeckRS 2019, 45873 Rn. 13).

II.

## **28**

Aus den dargelegten Gründen hat die Berufung unter keinem Gesichtspunkt Aussicht auf Erfolg. Der Senat beabsichtigt daher, die Berufung des Klägers gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen.

## **29**

Nach Sachlage empfiehlt es sich, zur Vermeidung unnötiger weiterer Kosten die Rücknahme der Berufung binnen o.g. Frist zu prüfen. Im Falle einer Rücknahme ermäßigt sich gemäß Nr. 1222 S. 2 KV zum GKG die Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen von 4,0 auf 2,0.