OLG München, Endurteil v. 20.05.2021 – 24 U 3560/20

Titel:

Keine Schadensersatzansprüche wegen Verwendung von Thermofenster und Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung

Normenkette:

BGB § 826

Leitsätze:

1. Allein das Inverkehrbringen eines mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Abgasrückführungssystems ausgestatteten Fahrzeugtyps aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung erfüllt die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) nicht. Vielmehr ist der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens hinsichtlich des Inverkehrbringens von Fahrzeugen mit temperaturabhängiger Steuerung des Abgasrückführungssystems nur gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erschienen lassen. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)

2. Beim Einsatz eines temperaturgesteuerten Kühlwasserthermostaten fehlt es, wie allgemein beim Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems, an einem Verhalten des Herstellers, das als objektiv sittenwidrig einzuordnen wäre. Dementsprechend ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit – wie beim „Thermofenster" – nur gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erschienen lassen. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatz, Fahrzeug, Marke, Kaufpreis, Sittenwidrigkeit, Berufung, Gutachten, Schadensersatzanspruch, Zahlung, Erbengemeinschaft, Form, Kenntnis, Anlage, Software, Zug um Zug, bei Betrieb, konkrete Ausgestaltung, Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, Thermofenster, Motor OM 651

Vorinstanz:

LG Memmingen, Endurteil vom 19.05.2020 – 33 O 1778/19

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Memmingen vom 19.05.2020, Az. 33 O 1778/19, wird zurückgewiesen.

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

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Memmingen ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche des Klägers aufgrund des Kaufs eines Kraftfahrzeugs der Marke Mercedes-Benz, das nach klägerischem Vortrag vom „Dieselskandal" betroffen sein soll.

2

1. Herr … erwarb am 07.05.2013 vom Voreigentümer … das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes Benz Typ B 200 CDI BlueEFFICIENCY Sports Tourer (FIN …) zu einem Kaufpreis von 36.028,12 €. Er verstarb am 19.05.2017 und wurde vom Kläger und Frau beerbt. Das Eigentum an dem Fahrzeug wurde im Rahmen der Erbauseinandersetzung auf den Kläger übertragen (Anlage K6). Mit Vereinbarung vom 18./19.04.2021 (Bl. 353 d.A.) trat Frau … etwaige ererbte Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Fahrzeugkauf des Herrn …. an den Kläger ab.

3
Das streitgegenständliche Fahrzeug ist mit einem Motor der Baureihe OM 651 (Abgasnorm Euro 5) ausgestattet. Es ist nicht von einem Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamts betroffen.

4
2. Der Kläger macht geltend, ihm stünden gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche nach § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung), § 831 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu. Zur Begründung der behaupteten Ansprüche hat er im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht Memmingen vorgetragen, bei der Steuerung des Abgasrückführungssystems (AGR-System) des Fahrzeugs komme ein sog. „Thermofenster“ zum Einsatz (temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung). Dieses bewirke, dass der Grad der Abgasrückführung bei niedrigen Außentemperaturen und zu Beginn der Warmlaufphase des Motors reduziert werde bzw. die Abgasrückführung ganz abgeschaltet werde. Das Thermofenster stelle eine Abschalteinrichtung im Sinn des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 dar und sei nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässig. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, die Abschalteinrichtung sei ausnahmsweise zulässig. Die Voraussetzungen des als Ausnahmevorschrift eng auszulegenden Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 seien hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs nicht erfüllt. Jedenfalls habe die Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestands weder vorgetragen noch nachgewiesen. Die geltend gemachten Ansprüche setzten nicht voraus, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug - wie im VW-Motor EA 189 - eine „Prüfstandserkennung“ zum Einsatz komme. Die Beklagte sei im Typgenehmigungsverfahren ihren europarechtlichen Pflichten zur Angabe von Details der Motorsteuerung nicht ausreichend nachgekommen. Gemäß Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 müsse der Hersteller gegenüber der Genehmigungsbehörde Angaben zur Arbeitsweise des AGR-Systems, einschließlich ihres Funktionierens bei niedrigen Temperaturen machen. Diese Angaben umfassten auch eine Beschreibung etwaiger Auswirkungen auf die Emissionen. Die Beklagte habe in Parallel-Verfahren einen Auszug aus dem Antragsbogen des Typgenehmigungsverfahrens vorgelegt (vgl. Bl. 83 sowie Bl. 195 d.A.). Demzufolge sei gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt lediglich angegeben worden, die AGR-Menge werde u.a. durch den Parameter „Lufttemperatur“ geregelt. Dies genüge den Anforderungen der VO (EG) Nr. 692/2008 nicht.

5
Mit dem angegriffenen Endurteil vom 19.05.2020 (Bl. 131/143 d.A.), das dem Kläger am 20.05.2020 zugestellt wurde, hat das Landgericht die auf Zahlung von Schadensersatz (Kaufpreis abzgl. Nutzungsentschädigung) Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs gerichtete Klage abgewiesen. Die Klageseite habe nicht schlüssig dargelegt, dass in dem Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung verwendet werde.

6
3. Mit seiner am 19.06.2020 eingelegten Berufung, die mit am 20.07.2020 eingegangenem Schriftsatz begründet wurde, verfolgt der Kläger den behaupteten Schadensersatzanspruch weiter. Er macht hierzu in der Berufungsbegründung (Bl. 158/218) zunächst weitere Ausführungen zur Unzulässigkeit des „Thermofensters“. In einem weiteren Schriftsatz vom 08.04.2021 (Bl. 275/330) führt er aus, er habe durch zwei in anderen Verfahren eingeholte Sachverständigengutachten Kenntnis davon erhalten, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug neben dem „Thermofenster“ eine weitere unzulässige Abschalteinrichtung in Form einer „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ zum Einsatz komme:

- Ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen … vom 12.11.2020 (Anlage BK6), das einen Mercedes-Benz E 250 mit dem Motortyp OM 651 der Schadstoffnorm Euro 5 betreffe, enthalte die Motorsteuersoftware des untersuchten Fahrzeugs eine Abschalteinrichtung, die den NEFZ an der geringen Motordrehzahl und dem geringen Lustmassenstrom erkenne und die Kühlmitteltemperatur von 100 Grad Celsius auf 70 Grad Celsis absenke. Das führe zu unrealistisch niedrigen Ergebnissen der NOX-Messung. Ein dauerhafter Betrieb bei 70 Grad Celsius hätte einen erhöhten Verschleiß zur Folge. Im normalen Fahrbetrieb würden unweigerlich höhere Motordrehzahlen und höhere Luftmassenströme auftreten, die eine dauerhafte Erhöhung der Kühlmittelsolltemperatur auf 100 Grad Celsius auslösten.

- Ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. … vom 14.02.2021 (Anlage BK7), das einen Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4Matic mit dem Motortyp OM 651 der Schadstoffnorm Euro 5 betreffe, sei bei dem untersuchten Fahrzeug festgestellt worden, dass der geregelte Kühlwasserthermostat bei einer

Umgebungstemperatur (Außentemperatur) größer oder gleich 17 Grad Celsius in der Weise angesteuert wurde, dass der Thermostat bei einer Kühlwassertemperatur von 70 Grad Celsius öffnete. Bei einer Außentemperatur von 15 Grad Celsius (Testumgebung) sei demgegenüber keine Aktivierung des Kühlwasserthermostats bei Erreichen der Kühlwassertemperatur von 70 Grad Celsius erfolgt. Deswegen habe das Kühlwasser (bei einer Außentemperatur von 15 Grad Celsius) früher eine Temperatur von 80 Grad Celsius erreicht. Demzufolge sei die Öffnung des AGR-Ventils früher verringert worden.

7
Der Kläger macht geltend, die Erkenntnisse aus den beiden Gutachten seien vollständig auf das streitgegenständliche Fahrzeug zu übertragen. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren nicht angeben habe, dass die Erkennung der Rahmenbedingungen des Prüfverfahrens ein Parameter für die Steuerung der AGR-Rate sei.

8
Im Berufungsverfahren stellte der Kläger zuletzt folgende Anträge:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 27.706,10 EUR sowie Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshägigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges Mercedes-Benz B 200 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ….

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Ziffer 1. genannten Fahrzeugs zwei Wochen nach Rechtshängigkeit in Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit im Übrigen erledigt ist.

9
Hilfsweise wird beantragt:

4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Erbengemeinschaft, bestehend aus Frau …, und der Klagepartei, 25.528,12 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 2.177,98 EUR sowie Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshägigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges Mercedes-Benz B 200 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ….

10
Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

11
Sie beruft sich darauf, dass das neue Vorbringen im Schriftsatz der Klageseite vom 08.04.2021 verspätet und zudem als neues Angriffsmittel gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht zuzulassen sei. Außerdem habe die Klageseite mit ihrem Vorbringen die Mindestvoraussetzungen nicht erfüllt, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19) für die Annahme einer Sittenwidrigkeit in emissionsbezogenen Streitigkeiten erforderlich seien. Sämtliche vom Kläger beanstandeten Funktionen, seien - soweit überhaupt vorhanden - nicht zu dem Zweck verbaut worden, Prüfparameter im Typzulassungsverfahren zu erkennen. Eine Prüfstandserkennungssoftware liege nicht vor. Der geregelte Kühlwasserthermostat sei im Straßenbetrieb in gleicher Weise aktiviert wie auf dem Prüfstand. Selbst wenn man - wie der Kläger - hierin eine unzulässige Abschalteinrichtung sehen wollte, fehle es an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten. Es entspreche einem vertretbaren Normverständnis, die vom Kläger beanstandeten Funktionen als mit den Vorgaben der VO (EG) Nr. 715/2007 vereinbar anzusehen. Wie von der Klageseite bereits vorgetragen, habe die Beklagte dem Kraftfahrt-Bundesamt für das streitgegenständliche Fahrzeug im Typgenehmigungsverfahren ausdrücklich angezeigt, dass die Abgasrückführung in Abhängigkeit des Parameters „Lufttemperatur“ gesteuert wird. Im relevanten Zeitraum der Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug habe es lediglich grobmaschige Erklärungspflichten der Hersteller entlang der gesetzlichen Mustervorgaben gegeben. Diese habe die Beklagte entsprechend den Anforderungen des Kraftfahrt-Bundesamts erfüllt. Davon unabhängig sei der geregelte Kühlwasserthermostat im streitgegenständlichen Fahrzeug auch gar nicht notwendig, um die Grenzwerte im gesetzlichen Prüfverfahren einzuhalten.

12
Hinsichtlich des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Berufungsbegründung vom 17.07.2020 (Bl. 158/218 d.A.) und die ergänzenden Schriftsätze der Klageseite vom 08.04.2021 (Bl. 275/330 d.A.) und vom 22.04.2021 (Bl. 348/353 d.A.) auf der einen Seite, sowie auf die Berufungserwiderung vom 01.09.2020 (Bl. 226/267 d.A.) und den ergänzenden Schriftsatz der Beklagtenseite vom 14.04.2021 (Bl. 331/344 d.A.) auf der anderen Seite Bezug genommen.

13
Der Senat hat mit den Parteien mündlich verhandelt. Auf das Sitzungsprotokoll vom 23.04.2021 (Bl. 354/356 d.A.) wird Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

14
Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Soweit der Kläger vorträgt, im streitgegenständlichen Fahrzeug komme eine unzulässige Abschalteinrichtung in Form eines „Thermofensters“ zum Einsatz, ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte dem Kläger gemäß § 826 BGB in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt hätte (hierzu unter 1.). Soweit der Kläger geltend macht, im streitgegenständlichen Fahrzeug komme zudem eine weitere unzulässige Abschalteinrichtung in Form einer „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ zum Einsatz, hat der Kläger nicht mit der erforderlichen Substantiierung dargelegt, dass es sich hierbei um eine unzulässige „Prüfstandserkennung“ handeln könnte. Eine sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) seitens der Beklagten ist auch insoweit nicht ersichtlich (hierzu unter 2.). Die Voraussetzungen der sonstigen vom Kläger zur Begründung seiner Klage herangezogenen deliktischen Anspruchsgrundlagen (§ 831 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV) sind ebenfalls nicht erfüllt (hierzu unter 3.).

15
1. Die Frage, ob es sich beim sog. „Thermofenster“ um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 handelt, bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung, weil allein das Inverkehrbringen eines mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Abgasrückführungssystems ausgestatteten Fahrzeugtyps aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) nicht erfüllt. Vielmehr wäre der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens gegenüber der Beklagten hinsichtlich des Inverkehrbringens von Fahrzeugen mit temperaturabhängiger Steuerung des Abgasrückführungssystems nur gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erschienen ließen (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19 - Rn. 19). Derartige besondere Umstände sind hier nicht ersichtlich.

16
a) Der Kläger hat hinsichtlich der besonderen - für eine Sittenwidrigkeit zu verlangenden - Umstände in erster Linie vorgetragen, die Beklagte habe in dem das streitgegenständliche Fahrzeug betreffenden Typzulassungsverfahren gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt nicht sämtliche nach Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 zu fordernden Angaben zur Arbeitsweise des AGR-Systems gemacht. Dem ist aus Sicht des Senats - jedenfalls für den hier relevanten Zeitraum vor Inkrafttreten der VO (EU) 2016/646 vom 20. April 2016 - nicht zu folgen. Dem Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 sind keine konkreten Vorgaben für die vom Hersteller zu machenden Angaben zur Arbeitsweise des AGR-Systems zu entnehmen. Insbesondere ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, dass die Hersteller im Typzulassungsverfahren im Einzelnen anzugeben hatten, mit welchen Werten die Parameter für die Steuerung des AGR-Systems bedatet waren, also zum Beispiel bei welcher Außen- oder Kühlwassertemperatur die Öffnung des AGR-Ventils jeweils vergrößert oder verkleinert wurde. Auch im Beschreibungsbogen für die EG-Typgenehmigung eines Fahrzeugs hinsichtlich der Emissionen und des Zugangs zu Reparatur- und Wartungsinformationen (Anlage 3 zur VO <EG> Nr. 692/2008) ist für die Angabe näherer Einzelheiten zu den Parametern kein Raum vorgesehen.

17
Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte im Typzulassungsverfahren angegeben hat, die AGR-Menge werde u.a. in Abhängigkeit von der Lufttemperatur gesteuert (vgl. den Vortrag der Klagepartei auf Seite 26 des Schriftsatzes vom 16.03.2020 = Bl. 83 d.A.; Vortrag der Klagepartei auf Seite 38 der

Berufungsbegründung = Bl. 195 d.A.). Dem Senat ist zudem aus Parallelverfahren und aus veröffentlichten Entscheidungen anderer Oberlandesgericht bekannt, dass in den Genehmigungsunterlagen im Zusammenhang mit der Motorenserie OM 651 regelmäßig der Parameter „Ladelufttemperatur“ mit dem Hinweis „kennfeldgesteuert“ genannt wurde (vgl. z.B. OLG Koblenz, Urteil vom 08.02.2021 - 12 U 471/20; OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.07.2020 - 5 U 4765/19 - Rn. 17; OLG Köln, Urteil vom 28.11.2019 - 15 U 93/19 - Rn. 29; siehe auch Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19 - Rn. 22/23). Aus Sicht des Senats hat die Beklagte damit die nach Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 zu fordernden Angaben zur Arbeitsweise des AGR-Systems gemacht. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte relevante Angaben gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt verschwiegen oder die Arbeitsweise des AGR-Systems verschleiert haben könnte, sind nicht ersichtlich. Selbst wenn man - entgegen der Auffassung des Senats - davon ausgehen wollte, dass nach Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 im Typzulassungsverfahren weitere Angaben zum AGR-System erforderlich gewesen wären, sind jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beklagte diese Angaben vorsätzlich und unter Verstoß gegen die guten Sitten unterlassen hat. Wie oben bereits ausgeführt, legen Wortlaut und Inhalt der VO (EG) Nr. 692/2008 und des Beschreibungsbogens gemäß Anlage 3 nicht nahe, dass detaillierte Angaben zur Bedatung der Parameter geschuldet seien. Sofern die Beklagte mit ihren Angaben den Anforderungen der VO (EG) Nr. 692/2008 nicht genügt haben sollte, könnte dies daher möglicherweise den Vorwurf der Fahrlässigkeit, nicht aber den Vorwurf der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung begründen. Ohne dass es entscheidend darauf ankommt, spricht auch der Umstand, dass das Kraftfahrt-Bundesamt, das bis heute keinen Rückruf hinsichtlich des betroffenen Fahrzeugtyps ausgesprochen hat, im Typzulassungsverfahren keinen Anlass sah, von der Beklagten weitere Angaben zur Arbeitsweise des temperaturgesteuerten AGR-Systems zu fordern, gegen die Annahme der Klageseite, die Beklagte habe die Vorgaben der VO (EG) Nr. 692/2008 nicht eingehalten. Im Ergebnis ist der Vorwurf, die Beklagte habe den Kläger durch das Inverkehrbringen des mit einem Thermofenster ausgestatteten Fahrzeugs vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt (§ 826 BGB), nicht begründet (vgl. hierzu z.B. OLG Koblenz, Urteil vom 08.02.2021 - 12 U 471/20; OLG Nürnberg, Beschluss vom 27.07.2020 - 5 U 4765/19; OLG Köln, Urteil vom 28.11.2019 - 15 U 93/19; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 07.11.2019 - 6 U 119/18; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019 - 10 U 134/19).

18
b) Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 826 BGB wegen Inverkehrbringens des mit einem Thermofenster ausgestatteten Fahrzeugs scheitert aus Sicht des Senats davon unabhängig auch daran, dass der Kläger nicht substantiiert dargelegt hat, dass Vorstandsmitglieder oder andere verfassungsgemäß berufene Vertreter (§ 31 BGB) der Beklagten, Kenntnis von der - aus Sicht des Klägers unzulässigen - Arbeitsweise des temperaturgesteuerten AGR-Systems hatten. Den vom Kläger vorgelegten Gutachten der Sachverständigen … (Anlage BK6) und … (BK7) ist zu entnehmen, dass die Abgasrückführung als innermotorische Maßnahme der NOX-Beeinflussung in Abhängigkeit von den technischen Rahmenbedingungen des jeweiligen Fahrzeugtyps einem komplizierten Regelungsmechanismus unterliegt. Auf Seite 9 des Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. … findet sich hierzu Folgendes:

„… Die Menge des rückgeführten Abgases wird durch die Ansteuerung des AGR-Ventils und durch den Differenzdruck zwischen Abgasseite und Ansaugseite des Motors geregelt. Soll die AGR-Menge zur Verringerung der NOX-Emissionen erhöht werden, muss bei gleicher Motorleistung der ATL-Ladedruck [Anm: Ladedruck des Abgasturboladers] erhöht werden, damit die gleiche Luftmenge für die Verbrennung zur Verfügung steht. Um hohe AGR-Raten auch bei hohen Motorleistungen erzielen zu können, ist neben einem wirkungsvollen AGR-System auch ein wirkungsvoller Abgasturbolader erforderlich. Damit im Motorbetrieb eine wirkungsvolle AGR-Menge erzielt wird, müssen das AGR-Ventil und der ATL betriebspunktabhängig vom Motorsteuergerät angesteuert werden. Der Betriebspunkt hängt dabei ab von der Motorleistung, Motordrehzahl, Kühlwassertemperatur, Umgebungstemperatur, Saugrohrtemperatur Um dies zu gewährleisten, ist im Motorsteuergerät für jeden genannten Parameter mindestens ein Kennfeld hinterlegt. Die Bedatung dieser Kennfelder (Applikation) wird für jeden Fahrzeugtyp mit jedem Motortyp und jeder emissionsrelevanten Technikausstattung individuell vorgenommen. Die konkrete Bedatung dieser Kennfelder ist im Rahmen der gutachterlichen Untersuchung nicht zugänglich. …“

19
Der Senat entnimmt den Ausführungen des Sachverständigen, dass die konkrete Ausgestaltung des „Thermofensters“ von der Programmierung und Ausfüllung (Bedatung) einer größeren Anzahl von Kennfelder abhängt, die in ihrem Zusammenspiel und in Abhängigkeit von den technischen Gegebenheiten

des jeweiligen Fahrzeugtyps im Einzelnen regeln, unter welchen Betriebsbedingungen und bei welchen äußeren Umständen (z.B. Außentemperaturen) eine höhere oder niedrigere Abgasrückführung erfolgt. Es ist von der Klageseite nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich, dass und ggf. in welchem Umfang Vorstandsmitglieder oder andere verfassungsgemäß berufene Vertreter (§ 31 BGB) der Beklagten, von den Einzelheiten der Steuerung der Abgasrückführung beim streitgegenständlichen Fahrzeug Kenntnis hatten und in die diesbezüglichen Vorgänge eingebunden waren. Dies gilt umso mehr als die Einstellungen - laut den Angaben des Sachverständigen - „für jeden Fahrzeugtyp mit jedem Motortyp und jeder emissionsrelevanten Technikausstattung individuell vorgenommen“ werden. Aus Sicht des Senats handelt es sich bei der Ausgestaltung der Abgasrückführung mittels „Thermofenster“ - anders als bei der Entscheidung über die Implementation einer Prüfstanderkennungssoftware (wie beim VW-Motor EA 189) - nicht um eine grundlegende strategische Entscheidung, die typischerweise in der Unternehmensspitze getroffen wird, sondern eher um eine Maßnahme der Feinsteuerung. Dass in der Unternehmensspitze hierüber konkrete Kenntnisse vorlagen, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden. Allein die - für Vorstandsmitglieder oder andere verfassungsgemäß berufene Vertreter (§ 31 BGB) ohne weiteres anzunehmende - Kenntnis, dass die Abgasrückführung (wie im Typzulassungsverfahren angegeben) kennfeldgesteuert in Abhängigkeit von der Lufttemperatur erfolgt, reicht zur Bejahung des Vorsatzes für eine sittenwidrige Schädigung nicht aus.

20
2. Soweit der Kläger geltend macht, bei der von ihm beanstandeten „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ handle es sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007, sind die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB ebenfalls nicht erfüllt.

21
a) Der Kläger hat nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass hinsichtlich der von ihm beanstandeten „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ eine sog. „Prüfstandserkennungssoftware“ vorliege. Er stützt diese Behauptung lediglich auf eine Passage im Gutachten des Sachverständigen H. vom 12.11.2020 (Anlage BK6), wonach die Motorsteuerung des untersuchten Fahrzeugs die im Fahrzyklus NEFZ auftretende ungewöhnlich niedrige Maximalbeschleunigung und den geringen Luftmassenstrom erkenne (Gutachten, Seite 2). Aus Sicht des Senats ist diese Einschätzung des Sachverständigen nicht nachvollziehbar, da das Gutachten nicht erkennen lässt, auf welche Untersuchung er seine Erkenntnisse stützt. Die Analyse des Sachverständigen beruht nach seinen Angaben (Gutachten, Seite 6) ausschließlich auf der Untersuchung von Softwareprogrammen, die mittels Kennfeldbeschreibungen, die von Chiptunern stammen, überprüft wurden. Dem Gutachten ist nicht zu entnehmen, dass der Sachverständige ein Fahrzeug im Betrieb auf dem Rollenprüfstand oder im Straßenverkehr untersucht hat. Auch Angaben dazu, dass mittels der untersuchten Software eine Prüfstandserkennung nachweisbar sei, fehlen.

22
Im Gegensatz zum Sachverständigen … hat der Sachverständige Prof. Dr. … sein Gutachten vom 16.02.2021 (Anlage BK7) auf der Grundlage der Untersuchung eines von der Beklagten hergestellten Fahrzeugs im Betrieb auf dem Rollenprüfstand und im Straßenmodus erstattet. Er konnte dabei nicht feststellen, dass sich die Messergebnisse im Modus „Rollentest“ signifikant von denen im Straßenmodus unterschieden. Bei gleichen Start- und Umgebungsbedingungen verhielten sich die Kühlwassertemperatur und die AGR-Ventilpositionen in jeweils gleichen Fahrbedingungen gleich (Gutachten Seite 47), wobei insgesamt 19 relevante Messfahrten unter Variation der Fahrbedingungen (Lenkbewegungen, Belastungen) durchgeführt wurden. Das Vorbringen des Klägers, der sich im vorliegenden Verfahren ausdrücklich auf die Ergebnisse beider Gutachten beruft, ist somit hinsichtlich der Behauptung, es liege eine „Prüfstandserkennung“ vor, widersprüchlich. Angesichts der in Bezug genommenen gegenteiligen Ergebnisse der Untersuchungen des Sachverständigen Prof. Dr. … ist die Behauptung des Klägers, das streitgegenständliche Fahrzeug erkenne die Bedingungen des Prüfstands (niedrige Maximalbeschleunigung, geringen Luftmassenstrom) und schalte dementsprechend in einen besonderen ADR-Modus ersichtlich „aufs Geratewohl“ bzw. „ins Blaue hinein“ erfolgt. Ein substantiierter Sachvortrag liegt insoweit nicht vor (vgl. z.B. Bundesgerichtshof, Urteil vom 20.09.2002 - V ZR 170/01).

23
b) Soweit der Kläger vorbringt, die „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ erfolge in Abhängigkeit von der Außentemperatur (vgl. das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. … dort Seite 47), ist die Beklagte

dem nicht grundsätzlich entgegengetreten, sondern hat darauf hingewiesen, dass das vom Sachverständigen Prof. Dr. … untersuchte Fahrzeug ein Fahrzeug des Typs GLK 220 CDI 4MATIC gewesen sei und nicht - wie hier - ein Fahrzeug des Typs B 200 CDI. Zudem sei die „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb unter gleichen Bedingungen aktiv und stelle somit keine „Prüfstandserkennung“ dar. Der Senat geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die Steuerung des Kühlwasserthermostaten in Abhängigkeit vom Parameter „Außentemperatur“ erfolgt. Die Frage, ob es sich hierbei um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinn des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 handelt, bedarf im vorliegenden Verfahren jedoch keiner Entscheidung. Aus Sicht des Senats erfüllt das Inverkehrbringen eines mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Kühlwasserthermostaten ausgestatteten Fahrzeugtyps aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) nicht. Insoweit gelten die gleichen Erwägungen wie bei der Beurteilung der sittenwidrigen Schädigung durch Inverkehrbringen eines mit einem „Thermofensters“ versehenen Fahrzeugs (vgl. hierzu Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19 - Rn. 13). Der Kühlwasserthermostat ist - wie sich den Ausführungen im Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. … entnehmen lässt - als ein Funktionsteil in das AGR-System des betroffenen Motortyps einbezogen. Die im Typzulassungsverfahren gemachte Angabe, das AGR-System werde in Abhängigkeit von der Lufttemperatur gesteuert, umfasst somit auch die Funktionsweise des Kühlwasserthermostaten. Beim Einsatz eines temperaturgesteuerten Kühlwasserthermostaten fehlt es, wie allgemein beim Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems, an einem Verhalten des Herstellers, das als objektiv sittenwidrig einzuordnen wäre (vgl. hierzu Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19 - Rn. 19). Dementsprechend wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten - wie beim „Thermofenster“ - nur gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erschienen ließen. Hierfür ist im vorliegenden Fall auch hinsichtlich des Einsatzes des temperaturgesteuerten Kühlwasserthermostaten nichts ersichtlich. Auf die obigen Ausführungen unter Nr. 1 a) wird Bezug genommen. Davon unabhängig ist auch nicht zu erkennen, dass Vorstandsmitglieder oder andere verfassungsgemäß berufene Vertreter (§ 31 BGB) der Beklagten, Kenntnis von der - aus Sicht des Klägers unzulässigen - Arbeitsweise des temperaturgesteuerten Kühlwasserthermostaten hatten (siehe hierzu oben unter Nr. 1 b).

24
3. Die Voraussetzungen der sonstigen vom Kläger zur Begründung seiner Klage herangezogenen deliktischen Anspruchsgrundlagen (§ 831 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV) sind nicht erfüllt:

25
a) Da aus den genannten Gründen ein deliktisches Handeln von verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten nicht festgestellt werden kann, scheidet eine Haftung nach § 831 BGB aus.

26
b) Eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil weder eine für den Kaufentschluss ursächliche Täuschung des Klägers durch die Beklagte noch ein entsprechender Vorsatz auf der Seite der Beklagten festgestellt ist. Zudem fehlt es an der Stoffgleichheit zwischen der beabsichtigten Bereicherung der Beklagten und dem vom Vorsatz umfassten Vermögensschaden beim Kläger. Der Kläger hat das Fahrzeug nicht von der Beklagten, sondern vom Voreigentümer … erworben (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 5/20 -, NJW 2020, 2798, Rn. 24 ff.).

27
c) Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kommt ebenfalls nicht in Betracht. Wie der Bundesgerichtshof in seinen Urteilen vom 25.05.2020 (Az. VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 = ZIP 2020, 1179 Rn. 76) und vom 30.07.2020 (Az. VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 12) ausgeführt hat, liegt das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, weder im Aufgabenbereich des § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV noch des Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007.

28

4. Da ein Anspruch schon dem Grunde nach nicht besteht, kommt es auf die Höhe der gegebenenfalls abzuziehenden Nutzungsentschädigung nicht an. Die Feststellung eines Annahmeverzugs kommt aus demselben Grund nicht in Betracht.

29
Hinsichtlich der hilfsweise gestellten Klageanträge 4. und 5. geht der Senat davon aus, dass diese für den Fall gestellt werden sollten, dass die Wirksamkeit der Abtretung gemäß Abtretungsvereinbarung vom 18.04./19.04.2021 (Bl. 353 d.A.) zu verneinen ist. Da ein Anspruch dem Grunde nach nicht besteht, ist eine Entscheidung hierüber nicht veranlasst.

30
5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.