LG Augsburg, Endurteil v. 12.02.2021 – 095 O 1308/20

Titel:

Keine sittenwidrige Schädigung des Erwerbers eines mit einem Thermofenster ausgestatteten Daimler-Diesel-Fahrzeugs (hier: Mercedes E 350 Blue Tec)

Normenketten:

BGB § 123, § 134, § 323, § 437 Nr. 2, § 440, § 823 Abs. 2, § 826
ZPO § 256
EG-FGV § 6, § 27

Leitsätze:

1. Vgl. auch zur Thematik des "Thermofensters" bei Daimler-Fällen grundlegend BGH BeckRS 2021, 847; BeckRS 2021, 30607 sowie BGH BeckRS 2021, 30608; BeckRS 2021, 30885; BeckRS 2021, 31797; 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; BeckRS 2021, 29919; BeckRS 2021, 31946; BeckRS 2021, 32703; BeckRS 2021, 31203; OLG Celle BeckRS 2019, 33326; OLG Frankfurt 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. Angesichts des Umstands, dass im NEFZ-Prüfzyklus keine realistischen Werte für den Straßenbetrieb zu erwarten sind, kann allein der Hinweis darauf, dass erhöhte Abgaswerte im Straßenbetrieb vorliegen, nicht ausreichen, um die Schlussfolgerung als naheliegend erscheinen zu lassen, ein Fahrzeug sei mit einer Prüfstanderkennungssoftware versehen. (Rn. 50) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ist die Funktionsweise des SCR-Systems als System der Abgasnachbehandlung hinsichtlich der Zuführung von AdBlue von einer Vielzahl von sich im Fahrbetrieb ändernden Faktoren abhängig, kann die Frage, ob dies eine unzulässige Abschalteinrichtung darstellt, dahinstehen, denn bei einer die Abgasnachbehandlung beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, die im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand und bei der Gesichtspunkte des Motor- oder Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft erwogen werden können, kann jedenfalls nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die Herstellerin in dem Bewusstsein agiert hat, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden. (Rn. 49 und 51) (redaktioneller Leitsatz)
4. Wird für das Fahrzeug eine freiwillige Servicemaßnahme, die mit dem Kraftfahrtbundesamt abgestimmt ist, angeboten, ist eine Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung hinsichtlich einer (behaupteten) unzulässigen Abschalteinrichtung nicht entbehrlich. (Rn. 74) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, OM 642, Sittenwidrigkeit, unzulässige Abschalteinrichtung, Thermofenster, Kühlmittel-Sollwert-Regelung, SCR-Katalysator, Motorsteuerungssoftware, Prüfstanderkennungssoftware, freiwillige Servicemaßnahme, Frist zur Nacherfüllung

Rechtsmittelinstanz:

OLG München, Hinweisbeschluss vom 14.05.2021 – 27 U 1253/21

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.

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

3. Das Urteil ist für die Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1
Mit der Klage werden Schadensersatzansprüche nach dem Kauf eines Pkw Mercedes E 350 Blue Tec gegen die Verkäuferin und die Herstellerin geltend gemacht.

2
Der Kläger kaufte bei der Beklagten zu 2 am 09.04.2019 den streitgegenständlichen Pkw zum Kaufpreis von 26.000,00 €. Die Laufleistung des Fahrzeugs lag zu diesem Zeitpunkt bei 75.860 km. Das Fahrzeug wurde am 09.04.2019 gegen Barzahlung an den Kläger übergeben. Im Fahrzeug ist der Dieselmotor OM 642 verbaut und es verfügt über ein SCR-System. Das Fahrzeug unterliegt der EURO-6-Norm.

3
Mit anwaltlichen Schreiben vom 17.02.2020 an die Beklagte zu 1 forderte der Kläger diese zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 26.000 € bis 28.02.2020 auf. Mit anwaltlichen Schreiben vom 02.05.2020 gerichtet an die Beklagte zu 2 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten zu 2 den Rücktritt vom Kaufvertrag, erklärte weiter die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und forderte diese zur Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs auf.

4
Der Kläger trägt vor, dass er erst nach Abschluss des Kaufvertrages davon erfahren habe, dass im Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut sei. Bei deren Kenntnis hätte er das Fahrzeug nicht erworben.

5
Eine unzulässige Abschalteinrichtung liege in der verbauten Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung. Im Herbst 2018 habe dies das Kraftfahrtbundesamt festgestellt. Diese sog. Sollwertabsenkung bedeute, dass die Rate der Abgasrückführung außerhalb der Typprüfbedingungen verringert werde, indem über das elektrisch geschaltete Kühlwasserthermostatventil die Motorkühlwassertemperatur zunächst niedrig gehalten werde. Eine Absenkung der AGR-Rate führe zu erhöhten, unzulässigen Stickoxidemissionen.

6
Zudem sei ein sogenanntes unzulässiges Thermofenster verbaut. Dies bedeute, dass die Rate der Abgasrückführung abhängig von der Umgebungstemperatur zurückgefahren werde und damit sowohl die Verbrennungsspitzentemperatur steige, als auch die Stickoxidemissionen. Bei einer Umgebungslufttemperatur von 7 °C oder darunter sei die Abgasrückführung um bis zu 48 % niedriger als bei höheren Temperaturen. Beim Unterschreiten einer bestimmten Temperatur werde die Abgasrückführung vollständig abgeschaltet.

7
Zudem werde beim Durchfahren des sogenannten NEFZ eine erhöhte Menge an benötigtem Harnstoff im SCR-System beigemischt - anders als im normalen Fahrbetrieb. Sobald 17,6 Gramm Stickoxide ausgestoßen seien, verschlechtere sich der Wirkungsgrad des SCR-Systems (Bit 13-Funktion). Auch sei im Fahrzeug eine sog. Bit 14-Funktion verbaut, wonach das Fahrzeug nach 1.200 Sekunden in einen schmutzigen Abgasmodus wechsele. Über die verbaute Bit 15-Funktion sei das Fahrzeug so programmiert, dass die Abgasreinigung nur die ersten 11 Kilometer so funktioniere, dass die Stickoxidreinigung vorschriftsmäßig laufe. Die Abgasreinigung werde danach nicht komplett abgeschaltet, aber reduziert. Anhand der Funktion Slipguard erkenne das Fahrzeug, ob es sich auf dem Prüfstand befinde oder nicht und könne so die AdBlue-Dosierung beeinflussen.

8
Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm gegenüber der Beklagten zu 1 deliktische Schadensersatzansprüche zustehen und er die Beklagte zu 2 nach Rücktrittserklärung aus kaufrechtlicher Gewährleistung und auf Rückabwicklung wegen arglistiger Täuschung in Anspruch nehmen könne. Gegenüber der Beklagten zu 2 sei die Setzung einer nach Erfüllungsfrist entbehrlich gewesen, da die nach Erfüllung unmöglich sei. Auch sei die nach Erfüllung aufgrund besonderer Umstände dem Kläger nicht zumutbar. Dies ergebe sich aus der Art des Mangels und der Unzuverlässigkeit der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2.

9

Dem Entwicklungsvorstand der Beklagten zu 1,…, seien sämtliche technischen Details fortlaufend berichtet worden. Dieser sei auch über den Einbau der Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung informiert gewesen.

10
Der Kläger beantragt zuletzt:

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 26.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes E 350 Blue Tec, FIN: …, zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem Kilometer seit dem 09.04.2019, die sich nach folgender Formel berechnet: (26.000,00 € × gefahrene Kilometer): 424.140 km

2. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe 1.358,86 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes E 350 Blue Tec, FIN: …, in Annahmeverzug befinden.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagten verpflichtet sind, an den Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeuges Mercedes E 350 Blue Tec, FIN: …, mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung resultieren, zu zahlen.

11
Die Beklagten beantragen

Klageabweisung.

12
Die Beklagte zu 2 beantragt darüber im Falle ihrer Verurteilung darüber hinaus,

die Beklagte zu 1 zu verurteilen, die Beklagte zu 2 von sämtlichen Ansprüchen des Klägers freizustellen.

13
Die Beklagte zu 1 trägt vor, dass eine unzulässige Abschalteinrichtung nicht substantiiert dargelegt worden sei. Der Verweis auf andere Fahrzeuge der Beklagten und andere Motortypen sei nicht zielführend. Zudem stelle eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung, die im Übrigen hier auch bei zweistelligen Minusgraden noch in Betrieb sei, keine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Zum Schutz des Motors sei es erforderlich, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Im Übrigen sei die Beklagte zu 1 bei der Herstellung des Fahrzeugs im Hinblick auf dessen Stickoxidemissionen einer vertretbaren Rechtsauffassung gefolgt, sodass für Vorsatz oder Sittenwidrigkeit kein Raum sei.

14
Beim sog. SCR-System seien Maßnahmen der Abgasnachbehandlung gemeint, wobei dem Abgas eine wässrige Harnstofflösung beigemischt werde, die durch die hohen Temperaturen im Abgassystem in Ammoniak umgewandelt werde und durch eine Reaktion mit Stickoxiden zu Stickstoff und Wasser reagiere. Da sich im Betrieb je nach Fahrleistung das Stickoxidaufkommen stetig ändere, seien Katalysatoren entwickelt worden, die den Ammoniak wie ein Schwamm speichern könne und je nach Bedarf kurzfristig wieder abgegeben werden könne. Beim Prüfstand werde der SCR-Katalysator - da eine Abgastemperatur von 180 Grad Celsius benötigt werde - erst nach einer gewissen Zeitspanne aktiv. Dennoch würden die Grenzwerte nicht überschritten. Nun UU

15
Das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über keine entsprechende Kühlmitteltemperaturregelung.

16
Das KBA habe mit Bescheid vom 06.08.2020 Nebenbestimmungen aus einem Bescheid vom 03.08.2018 zurückgenommen, so dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht mehr von einem Rückruf betroffen sei. Freiwillige Servicemaßnahmen werden nach wie vor angeboten. Aus den amtlichen Auskünften des KBA vom 20.08.2020 und 19.08.2020 (Anlage B4/B5) ergebe sich dass diese freiwilligen Servicemaßnahmen nur bei Fahrzeugen in Betracht kommen, bei deren amtlicher Untersuchung keine unzulässige abschobt Einrichtung festgestellt worden sei.

17
Die Beklagte zu 2 bestreitet das Vorliegen eines Sachmangels bei Übergabe. Weiter wird die Eigentümerstellung des Klägers bestritten.

18
Die Beklagte zu 2 habe selbst keinerlei Kenntnis von behaupteten Mängeln. Bei der Beklagten zu 2 handle es sich auch nicht um einen Mercedes-Vertragshändler, sondern um einen Gebrauchtwagenhändler. Weiter erhebt die Beklagte zu 2 die Einrede der Verjährung. Aus den Gebrauchtwagensverkaufsbedingungen ergebe sich, dass Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln in einem Jahr ab Ablieferung des Kaufgegenstandes an den Kunden verjähren. Individualvertraglich sei im Kaufvertrag ausdrücklich eine auf 12 Monate beschränkte gesetzliche Gewährleistungsfrist vereinbart worden.

19
Der klägerische Antrag Nummer 4. sei unsubstantiiert, da nicht ersichtlich sei, welche Schäden sich nach Rückgabe des Fahrzeugs oder auch bereits jetzt an dem Fahrzeug befinden sollen.

20
Im Übrigen wird verwiesen auf die gewechselten Schriftsätze und das Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 29.01.2021.

Entscheidungsgründe

21
Die in den klägerischen Anträgen Ziff. 1 bis 3 zulässige Klage ist unbegründet. Der klägerische Antrag Ziff. 4 war als unzulässig zurückzuweisen.

A.

22
Der unter Ziff. 4 erhobene Feststellungsantrag dahingehend, dass die Beklagten verpflichtet sind, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung resultieren ist unzulässig; die Klage insoweit mit Endurteil abzuweisen.

I.

23
Dem Kläger mangelt es bei der Zulässigkeit an dem dafür erforderlichen Feststellungsinteresse, § 256 ZPO. Ihm ist eine Leistungsklage möglich und zumutbar.

24
1. Es ist allgemeine Rechtsprechung, dass aufgrund der fehlenden Vollstreckbarkeit eines Feststellungsurteils in der Hauptsache im Regelfall das Feststellungsinteresse fehlt, soweit der Kläger sein Leistungsziel genau benennen und deshalb auf Leistung klagen kann.

25
Dies ist hier der Fall. Die Klageseite behauptet einen deliktischen Schadensersatzanspruch aufgrund eines Kaufvertragsabschlusses im Jahr 2019. Die essentialia negotii des Kaufvertrages sind der Klägerseite bekannt. Gleichfalls ist der Klägerseite zur möglichen Berechnung einer Nutzungsentschädigung auch bekannt, wie viele Kilometer zwischenzeitlich gefahren worden sind.

26
Soweit sich die Klageseite darauf beruft, dass Steuernachteile, Rechtsverfolgungskosten wegen einer Stilllegungsandrohung drohen, wird dies nicht ausreichend dargelegt. Eine drohende Stilllegungsanordnung ist unter dem Gesichtspunkt nicht nachvollziehbar.

27
2. Vorliegend ist auch kein Fall gegeben, bei dem eine Feststellungsklage trotz des Vorranges der Leistungsklage ausnahmsweise zulässig ist, wie etwa bei Feststellungsklagen gegen die öffentliche Hand oder bei Einigkeit der Parteien, mit einem Feststellungsurteil den Rechtsstreit beenden zu wollen.

28

a. Ausnahmsweise ist eine Feststellungsklage zulässig in Fällen, in denen zu erwarten ist, dass sich der Beklagte einem Feststellungsurteil beugen wird, wie etwa bei Klagen gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten. Teilweise wird dies auch bei Klagen gegen Versicherungsgesellschaften angenommen, da diese der Versicherungsaufsicht unterstehen. Diese Ausnahmefälle lassen sich jedoch nicht auf weitere juristische Personen - wie die hiesige Beklagte - ausdehnen, etwa weil sie wirtschaftlich bedeutend oder Anteile in öffentlicher Hand sind (vgl. Münchner Kommentar, 5. Auflage, § 256 Rn. 55).

29
b. Aus dem Vorbringen der Beklagtenseite lässt sich nicht erkennen, dass diese sich mit der Klägerseite dahingehend einig ist, den Rechtsstreit mittels Feststellungsklage endgültig klären zu wollen. Beide Beklagte haben das Fehlen eines Feststellungsinteresses und damit die Zulässigkeit des Klageantrags 4. bereits in der Klageerwiderung gerügt.

30
3. Weiter scheitert der Antrag Ziff. 4 an dem Erfordernis der Bestimmtheit klägersicher Anträge. Hierzu ist erforderlich, um den Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nummer 2 ZPO gerecht zu werden, das rechtsbegründende Ereignis, aus welchem Schadensersatzansprüche resultieren sollen genau zu benennen.

31
Der Antrag selbst bezeichnet das Ereignis lediglich als „Ausstattung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung“. Dieser Antrag lässt jedoch offen, welche Manipulation dann gemeint ist und einen Schadensersatzanspruch begründen soll. In der Klage selbst ist von diversen Manipulationen die Rede.

32
Demnach kann die Rechtskraftwirkung eines Feststellungtitels mit dieser Formulierung nicht exakt gemäß § 322 Abs. 1 ZPO bestimmt werden.

B.

33
Der Kläger kann nicht mit Erfolg gegen die Beklagte zu 1 Ansprüche aus deliktischer Haftung geltend machen. Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus § 826 BGB, noch aus § 823 II, 263 StGB, noch aus § 823 II BGB, Art. 4, Art. 5 VO EG Nr. 715/2007 oder aus § 831 BGB.

I.

34
Die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB liegen beim streitgegenständlichen Fahrzeug nicht vor.

35
1. Nach § 826 BGB ist derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich einen Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Der Begriff der sittenwidrigen Schädigung beinhaltet eine Handlung, die nach dem Inhalt oder Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller Billig- und Gerechtdenkender verstößt. Er setzt eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens voraus, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eintretenden Folgen ergeben kann. Dafür genügt es nicht, dass ein Verhalten gegen vertragliche Pflichten oder das Gesetz verstößt, unbillig erscheint oder einen Schaden hervorruft. Hinzutreten muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens, die nach den Maßstäben der allgemeinen Gesellschaftsmoral und des als „anständig“ Geltenden zu beurteilen ist. Weiter ist eine vorsätzliche Schadenszufügung für § 826 BGB erforderlich.

36
2. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

a. zum sog. Thermofenster

37
(1) Nach § 5 II S. 1 der EG-Verordnung 715/2007 ist die Verwendung von Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissions-Kontrollsystemen verringern, unzulässig. In Satz 2 sind dann Ausnahmen normiert.

Nach Art. 5 II Satz 2 ist die Verwendung von Abschalteinrichtungen dann nicht unzulässig, wenn etwa die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten oder die Einrichtung nicht länger arbeitet, als zum Anlassen des Motors erforderlich ist. Ein sogenanntes Thermofenster ist damit nicht grundsätzlich verboten, sondern unter bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen zulässig. Daraus ergibt sich, dass - soweit das Thermofenster als Abschalteinrichtung qualifiziert werden kann - die Verwendung eines solchen nicht ohne weiteres zu dem Ergebnis führt, dass die Beklagte bzw. deren Verantwortliche in dem Bewusstsein gehandelt haben, möglicherweise eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden.

38
Denn im Gegensatz zu der Software einer anderen deutschen Fahrzeugherstellerin, die ausschließlich auf dem Prüfstand, dem NEFZ, aktiv war und dort in einen anderen Modus wechselte, arbeitet das hiesige Thermofenster im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise wie auf dem Prüfstand - nämlich temperaturabhängig.

39
Anhaltspunkte, dass der Einbau und die Verwendung des Thermofensters in dem Bewusstsein geschahen, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen und diesen Gesetzesverstoß billigend in Kauf zu nehmen, ergeben sich damit nicht zur Überzeugung des Gerichts.

40
Hierbei war auch zu berücksichtigen, dass die Gesetzeslage nicht gänzlich eindeutig ist und Raum für eine weite Interpretation lässt. Dies ergibt sich aus der kontrovers geführten Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahme des Art. 5 Absatz 2 Satz 2 a 715/2007/EG, was sich auch in dem vom Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur erholten Erster Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, 2016, wiederspiegelt. Dort ergibt sich auf Seite 122, 123, auszugsweise: „Im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand des Motorschutzes ist festzuhalten, dass es dieser Bestimmung an hinreichender Konkretisierung und rechtsstaatlicher Bestimmtheit mangelt. … Zudem verstößt eine weite Interpretation durch die Fahrzeughersteller und die Verwendung von Abschalteinrichtungen mit der Begründung, dass eine Abschaltung erforderlich ist, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, angesichts der Unschärfe der Bestimmung, die auch weite Interpretationen zulässt, möglicherweise nicht gegen die Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Konsequenz dieser Unschärfe der europäischen Regelung könnte sein, dass unter Berufung auf den Motorschutz die Verwendung von Abschalteinrichtungen letztlich stets dann gerechtfertigt werden könnte, wenn von Seiten des Fahrzeugherstellers nachvollziehbar dargestellt wird, dass ohne die Verwendung einer solchen Einrichtung dem Motor Schaden droht, sei dieser auch noch so klein.“

41
Ergänzend war darauf hinzuweisen, dass nach dem klägerischen Vortrag das Kraftfahrtbundesamt im Hinblick auf das sog. Thermofenster bis jetzt keinen Rückruf der betroffenen Fahrzeuge angeordnet, also insoweit nicht von der Unzulässigkeit überzeugt ist.

42
Die Auslegung, dass ein Thermofenster aus Motorschutzgründen eine zulässige Abschalteinrichtung darstellt, ist nicht unvertretbar. Ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes ist aber nicht als besonders verwerfliches Verhalten im Sinne des § 826 BGB einzustufen.

43
(2) Weiter fehlt es an dem für eine deliktische Haftung notwendigen Schädigungsvorsatz bzw. dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Bei einem sogenannten „Thermofenster“ kann nicht aus dem bloßen Einbau eines solchen auf einen Schädigungsvorsatz geschlossen werden (vergleiche Urteil des OLG Düsseldorf vom 12.03.2020, I-5 U 110/19: „Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Einbau der Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in dem streitgegenständlichen Motor in dem Bewusstsein geschehen ist, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen worden sei. Denn der Einschätzung mit Hinblick auf das Thermofenster könne auch eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung zugrunde liegen, dass es sich um eine zulässige Abschalteinrichtung handle …. Die Frage der Zulässigkeit/Unzulässigkeit einer Abschalteinrichtung in Form eines Thermofensters spielt vorliegend aber

auch eine Rolle auf der Ebene der vom Vorsatz zu erfassenden Schadenszufügung. … Da für den Schaden Voraussetzung ist, dass die EG-Typgenehmigung zu Unrecht erlangt wurde, muss auch dieser Aspekt vom Eventualvorsatz erfasst sein. … Dann müsste die Beklagte es bei Erhalt der Typgenehmigung für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben, dass die konkrete Form des Thermofensters aus technischen oder rechtlichen Gründen nicht als notwendig zum Schutz des Motors vor Beschädigungen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 EG 715/2007/EG eingestuft wird …“).

44
Dass von der Beklagten bewusst eine objektiv unzulässige Abschalteinrichtung verwendet wurde, konnte von der Klagepartei nicht ausreichend dargelegt werden. Von einem Schädigungsvorsatz der Beklagten ist damit nicht auszugehen. Vorliegend kann mangels anderweitiger Anhaltspunkte allenfalls von einer fahrlässigen Verkennung der Rechtslage ausgegangen werden.

b. zur sog. Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung

45
Die Beklagtenseite bestritt in der Klageerwiderung, dass das streitgegenständliche Fahrzeug überhaupt über die vom Kläger in Bezug genommene Kühlmitteltemperaturregelung verfügt (vergleiche Schriftsatz vom 02.07.2020 der Beklagten zu 1, dort Seite 15). Hierzu wurde von Klägerseite in der Replik nicht weiter ausgeführt. Im Klageschriftsatz wird allein auf eine Stellungnahme der Bundesregierung zur kleinen Anfrage, Drucksache 19/15320, vom 20.11.2019 (Anlage K7) Bezug genommen. Diese kleine Anfrage bezog sich auf einen Rückruf des Kraftfahrtbundesamt vom 11.10.2019 in Bezug auf Fahrzeuge des Mercedes-Modells Sprinter als Euro-5-Fahrzeuge mit dem Motor OM 651. Ein Zusammenhang mit dem hier streitgegenständlichen Motor OM 642 ergibt sich darin nicht.

46
Damit liegt hier eine Behauptung ins Blaue hinein vor. Dies ist dann der Fall, wenn eine Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürliche Behauptungen aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufstellt (vgl. BGH, Beschluss vom 16.4.2015 - IX ZR 195/14).

47
Vor diesem Hintergrund kam eine Beweiserhebung nicht in Betracht. Diese darf gerade nicht der bloßen Ausforschung dienen (vgl. OLG München, Beschluss vom 29.8.2019, 8 U 1449/19).

48
Ergänzend wird darauf verwiesen, dass von einer etwaigen Unzulässigkeit einer Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung auch nicht automatisch auf eine Sittenwidrigkeit geschlossen werden kann.

c. zur behaupteten Täuschungssoftware im Zusammenhang mit AdBlue

49
Von Beklagtenseite wurde die Funktionsweise des SCR-Systems als System der Abgasnachbehandlung ausführlich beschrieben und vorgetragen, dass die Zuführung von AdBlue von einer Vielzahl von sich im Fahrbetrieb abändernden Faktoren abhängig sei. So sei eine Mindesttemperatur des SCR-Katalysators (Light-off-Temperatur) notwendig, um die chemischen Reaktionen (vereinfacht: Harnstoff und Stickoxid zu Stickstoff und Wasser) überhaupt bewirken zu können. Dies bedeute, dass in der Startphase im Realbetrieb, als auch auf dem NEFZ, gerade noch keine Dosierung von AdBlue erfolge. Im weiteren Fahrbetrieb sei die Zuführung von AdBlue von verschiedenen Bedingungen abhängig, wie der Temperatur, der Art der Beschichtung des Katalysators, der Art des Fahrbetriebes, wie etwa bei hoher Last des Motors (etwa Autobahnfahrten), dem Gewicht und dem Fahrwiderstand des Fahrzeuges. Das SCR-System sei auf die Minimierung von sog. Ammoniakschlupf ausgelegt. Ammoniakschlupf sei unerwünscht, da dies ansonsten zu unerwünschten giftigen Emissionen führen könne. Es seien deswegen Katalysatoren entwickelt worden, die Ammoniak wie einen Schwamm speichern und bei Bedarf wieder abgeben könnten. Diese Abgabe lasse sich jedoch nicht von außen steuern. Um die Einlagerung des Ammoniaks abzuschätzen, da eine Messung der eingelagerten Menge nicht möglich sei und Ammoniakschlupf zu verhindern sei, seien umfangreiche Rechenmodelle zur Steuerung von AdBlue entwickelt worden.

50
Da die Klageseite in der Replik zugesteht, dass bei den vorgetragenen Bit-Funktionen die Abgasreinigung nicht komplett abgeschaltet gewesen sei, sondern reduziert, bleibt festzuhalten, dass ein behaupteter

höherer Stickoxidausstoß im Straßenbetrieb für sich allein genommen kein Beweis für eine unzulässige Abschalteinrichtung ist. Angesichts des Umstands, dass im NEFZ-Prüfzyklus gerade keine realistischen Werte für den Straßenbetrieb zu erwarten sind, kann allein der Hinweis darauf, dass erhöhte Abgaswerte im Straßenbetrieb vorliegen, nicht ausreichen, um die Schlussfolgerung des Klägers als naheliegend erscheinen zu lassen, sein Fahrzeug sei mit einer Prüfstanderkennungssoftware versehen (vgl. so OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019, 7 U 367/18).

51
Im Ergebnis kann die Frage, ob die behauptete Software im Zusammenhang mit ad Blue/SCR-System eine unzulässige Abschalteinrichtung darstellt, dahinstehen. Denn bei einer die Abgasnachbehandlung beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, die im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand und bei der Gesichtspunkte des Motor- oder Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft erwogen werden können, kann jedenfalls nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die Verantwortlichen bei der Beklagten in dem Bewusstsein agiert haben, eine unzulässige Abschlateinrichtung zu verwenden. Selbst wenn eine objektiv unzulässige Abschalteinrichtung vorliegen würde, ist eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung durch die Organe der Beklagten in Betracht zu ziehen (so auch OLG Koblenz, Urteil vom 5. Oktober 2020, 12 U 51/20). Auf Seiten der Beklagten fehlt es jedenfalls in subjektiver Hinsicht an dem für die Sittenwidrigkeit erforderlichen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Im Unterschied zu den Vorgängen in Bezug auf den EA 189-Motor eines anderen Konzerns verhält es sich hier so, dass nicht grundsätzlich auf dem Prüfstand und auf der Straße die Abgasnachbehandlung unterschiedlich aktiviert wurde, sondern bei der Abgasnachbehandlung unter anderem temperaturabhängig mehr oder weniger AdBlue zugefügt wird.

II.

52
Weiter besteht auch kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB. Hierfür wäre eine vorsätzliche Täuschung im Sinne eines Betruges durch die Beklagte erforderlich. Unter Verweis auf die obigen Ausführungen kann eine solche nicht festgestellt werden.

53
Mangels unerlaubter Handlung scheidet auch ein Anspruch gem. § 831 BGB aus.

III.

54
Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007, § 6, 27 EG-FGV.

55
Bei § 6, § 27 EG-FGV handelt es sich um kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB.

56
Als Schutzgesetz werden solche Regelungen verstanden, die zumindest auch den Individualschutz eines Einzelnen bezwecken ohne dass dies einen bloßen Reflex der Vorschrift darstellt. Die in der Verordnung festgelegten Abgaswerte sollen u.a. zu einer verbesserten Luftqualität führen und dienen damit der Allgemeinheit (vgl. OLG München, Beschluss vom 29.8.2019 - 8 U 1449/19).

57
Im Hinblick auf den von der Klägerseite geltend gemachten Schaden - Eingehen einer Verbindlichkeit durch einen Kaufvertragsabschluss - stellt die Verordnung kein Schutzgesetz dar, wofür auch die fehlende Sanktionsmöglichkeit mit individuellem Schutzcharakter spricht. Der BGH (Urteil vom 25.5.2020 - VI ZR 252/19) führte dazu auszugsweise aus:

„Eine Rechtsnorm ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Absatz 2 BGB, wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten IPersonenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat …. Diese Voraussetzungen liegen im Hinblick auf den von dem Kl. geltend gemachten Schaden offensichtlich nicht vor. Die zur vollständigen

Harmonisierung der technischen Anforderungen für Fahrzeuge erlassenen Rechtsakte der Europäischen Union zielen vor allem auf eine hohe Verkehrssicherheit, hohen Gesundheits- und Umweltschutz, rationelle Energienutzung und wirksamen Schutz vor unbefugter Benutzung …. Inhalt seines Vorwurfs ist vielmehr, dass er von der Bekl. zu der Übernahme einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst worden sei; dementsprechend verlangt er von der Bekl. die Erstattung des von ihm an den Verkäufer entrichteten Kau preises. Aus diesem Vorwurf kann der Kl. aber in Bezug auf § 823 II BGB i.V.m. §§ 6 I, 27 I EG-FGV nichts für sich herleiten. Das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt nicht im Aufgabenbereich der Norm …."

C.

58
Mangels Anspruchs in der Hauptsache besteht gegen die Beklagte zu 1 auch kein Anspruch auf Zins. Gleichfalls war der Antrag auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, auf Feststellung des Annahmeverzugs, dessen Feststellungsinteresse sich aus den Erleichterungen in der Zwangsvollstreckung (§§ 756, 765 ZPO) ergibt, abzuweisen.

D.

59
Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte zu 2 gemäß § 812, 123 BGB bzw. gem. § 812, 134 BGB ergibt sich nicht.

I.

60
Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch die Beklagte zu 2 scheidet aus. Es ist nicht feststellbar, dass die Beklagte zu 2 dem Kläger einen Mangel in Form einer Abschalteinrichtung arglistig verschwiegen hat.

61
Der Kläger hat zwar mit Schreiben vom 02.04.2020 (Anlage K1d) den Kaufvertrag vom 09.04.2019 angefochten. Der Kläger trägt jedoch nicht vor, dass die Beklagte zu 2 Kenntnis von einer Manipulation des Fahrzeugs gehabt bzw. diese für möglich gehalten hätte. Eine solche Kenntnis bzw. ein solches Kennenmüssen ergibt sich aus nicht aus den Umständen (vgl. dazu OLG Hamm, Urteil vom 01.04.2020 - 30 U 33/19):

62
Eine Zurechnung von unterstelltem arglistigem Wissen der Beklagten zu 1 gem. § 166 BGB scheidet aus. Die für juristische Personen entwickelten Grundsätze führen hier nicht zu einer Wissenszurechnung; diese Rechtsprechung betrifft die Zurechnung des Wissens von Organvertretern im Verhältnis zu juristischen Personen. Letztere müssen sich das Wissen aller ihrer vertretungsberechtigten Organe weiter zurechnen lassen, selbst wenn das „wissende" Organmitglied an dem betreffenden Rechtsgeschäft nicht selbst mitgewirkt bzw. nichts davon gewusst hat. Die Herstellerin des Fahrzeugs, die Beklagte zu 1, und die Beklagte zu 2 stehen sich aber als juristisch selbstständige Personen gegenüber.

63
Auch kann eine Wissenszurechnung nicht über eine analoge Anwendung des § 166 II BGB begründet werden. Die Beklagte zu 2 hat den Kaufvertrag im eigenen Namen und für eigene Rechnung abgeschlossen. Sie hatte keine „vertreterähnliche" Position und war auch nicht „Verhandlungsbevollmächtigte" der Beklagten zu 2; eine Situation, die mit einer Stellvertretung vergleichbar wäre, lag nicht vor.

64
Ein Vorlieferant des Verkäufers ist auch nicht dessen Gehilfe bei der Erfüllung der Verkäuferpflichten gegenüber dem Käufer i.S.v. § 278 BGB; ebenso ist auch der Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers, der die Sache an seinen Kunden verkauft hat Dementsprechend muss sich auch im Rahmen des § 123 BGB ein Automobilhändler nicht das Wissen des Herstellers zurechnen lassen.

II.

65
Der zugrunde liegende Kaufvertrag ist auch nicht nichtig, da er gegen ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB in Gestalt des § 27 EG-FGV verstoßen hat.

66
Das streitgegenständliche Fahrzeug ist mit einer gültigen EG-Übereinstimmungsbescheinigung im Sinne der §§ 6, 27 EG-FGV versehen. Es ist insoweit von einem formellen Gültigkeitsbegriff auszugehen, das heißt, es kommt allein darauf an, ob die Bescheinigung durch den Hersteller unter Verwendung des vorgeschriebenen Formulars ausgestellt wurde, sie fälschungssicher und vollständig ist. Daran besteht vorliegend kein Zweifel, eine fehlerhafte Ausstellung wird von Klägerseite auch nicht vorgetragen. Die inhaltliche Richtigkeit ist hingegen Frage des Typgenehmigungsverfahrens. § 27 EG-FGV ist auch nicht als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB anzusehen, vgl. auch hierzu OLG Hamm, Urteil vom 01.04.2020 - 30 U 33/19:

„§ 134 BGB beschränkt die Privatautonomie zum Schutz der allgemeinen gesetzlichen Werteordnung, indem Rechtsgeschäften, deren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, die Wirksamkeit versagt wird, soweit dies nach Sinn und Zweck des jeweils konkret verletzten Verbotsgesetzes geboten ist. Richtet sich ein gesetzliches Verbot dabei an beide Parteien eines Rechtsgeschäfts, kann i.d.R. davon ausgegangen werden, dass das verbotswidrige Geschäft nichtig sein soll. Richtet sich das gesetzliche Verbot nur an eine Partei eines Rechtsgeschäfts, dann lässt ein Verstoß dagegen die Wirksamkeit des gleichwohl vorgenommenen Rechtsgeschäfts i.d.R. unberührt (vgl. BGH, Urt. v. 14.12.1999 - X ZR 34/98) - es sei denn, dass es dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes zuwiderliefe, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen. § 27 I EG-FGV richtet sich in allen Handlungsalternativen (Feilbieten, Veräußern und Inverkehrbringen) einseitig an den Verkäufer eines Kraftfahrzeugs. Nach vorstehender Maßgabe ist deshalb grundsätzlich von der Wirksamkeit eines unter Verstoß gegen die Vorschrift zustande gekommenen Kaufvertrages auszugehen. Dem widerspricht auch nicht der Sinn und Zweck des § 27 EG-FGV.“

E.

67
Der Kläger kann sich gegenüber der Beklagten zu 2 auch nicht erfolgreich auf Gewährleistungsansprüche im Sinne von §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB berufen.

68
Der Kläger ist nicht wirksam von dem Kaufvertrag der Parteien vom 09.04.2019 zurückgetreten. Hierbei kann es im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob das sogenannte „Thermofenster“ bzw. die Wirkungsweise des SCR-System/AdBlue, wie vom Kläger behauptet, unzulässige Abschalteinrichtungen darstellen oder nicht.

I.

69
Gemäß §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB kann der Käufer grundsätzlich nur dann wirksam von dem Kaufvertrag zurücktreten, wenn er zuvor dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung bestimmt hat. Eine solche Fristsetzung ist unstreitig nicht erfolgt. Gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB bedarf es einer Fristsetzung dann nicht, wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung ihm unzumutbar ist. Die Unzumutbarkeit zur Setzung der Nachfrist kann sich grundsätzlich aus der Art des Mangels oder der tatsächlichen Umstände bzw. aus einer Unzuverlässigkeit des Verkäufers bzw. der nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses des Käufers zu dem Verkäufer ergeben.

II.

70
Entgegen der klägerischen Auffassung war diese Fristsetzung vorliegend nicht entbehrlich (vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 15.01.2020, 2 U 7/19).

71
1. Der Kläger vertritt die Auffassung, die Unzumutbarkeit zur Setzung der Nachfrist würde sich daraus ergeben, dass er von der Beklagten zu 1 arglistig getäuscht bzw. von der Beklagten zu 1 betrogen und sittenwidrig geschädigt worden sei. Hierdurch sei das Vertrauensverhältnis zu beiden Beklagten nachhaltig

zerstört worden nun. Dies sei wichtig, da Nachbesserungsmaßnahmen nur mit Hilfe der Beklagten zu 1 erbracht werden könnten.

72
Nach den obigen Ausführungen ist aber weder von einem sittenwidrigen (§ 826 BGB), noch von einem betrügerischen (§ 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB) Verhalten der Beklagten zu 1 bzw. einem arglistigen Verhalten der Beklagten zu 2 auszugehen. Eine nachhaltige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses der Parteien kam unter diesen Gesichtspunkt daher nicht in Betracht.

73
2. Soweit sich der Kläger darauf beruft, dass eine Nachbesserung unmöglich sei, da bislang keine Nachbesserungsvariante entwickelt worden sei, trug die Beklagtenseite vor, dass freiwillige Servicemaßnahmen, genehmigt über das KBA, für das streitgegenständliche Fahrzeug angeboten werden, um das Stickoxid-Emissionsverhalten zu verbessern. Diese Maßnahmen würden die neuen Erkenntnisse aus der Entwicklung neuer Motorfamilien reflektieren und im Durchschnitt aller Fahrzeuge für eine Reduktion der Stickoxidemissionen um 25-30 % im Fahrbetrieb sorgen.

74
Soweit die Klageseite auf ihrem Vortrag verharrt, dass nach Kenntnis der Klageseite bisher keine geeignete Nachbesserungsvariante entwickelt worden sei, handelt es sich um pauschalen, spekulativen Vortrag (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 05.10.2020, 12 U 51/20). Denn die freiwillige Servicemaßnahme ist mit dem Kraftfahrtbundesamt abgestimmt. Davon ausgehend, dass das Aufspielen eines Software-Updates vom Kraftfahrtbundesamt nicht ohne entsprechende Untersuchungen genehmigt worden wäre, war die Klageseite gehalten, nicht nur Vermutungen zu äußern.

75
Kaufvertragliche Gewährleistungsansprüche kommen damit gleichfalls nicht in Betracht.

F.

76
Auch hinsichtlich der Beklagten zu 2 sind Zinsanträge, der Antrag auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten und der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs abzuweisen.

G.

77
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 § 269 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

78
Die teilweise Klagerücknahme wurde bereits mit Schriftsatz vom 10.09.2020 erklärt. Eine Einwilligung zur Klagerücknahme durch die Beklagtenseite war damit nicht erforderlich.