OLG München, Endurteil v. 29.09.2022 – 14 U 4124/20

Titel:

Kein Schadensersatzanspruch des Erwerbers eines Diesel-Fahrzeugs mit Thermofenster

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826
EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1
Fahrzeugemissionen-VO Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2

Leitsatz:

Selbst bei Annahme, dass das verwendete Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung iSd Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstelle, wäre der darin liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz durch die für die Fahrzeugherstellerin handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Da das Thermofenster im Grundsatz auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet, bedürfte es für die Annahme eines sittenwidrigen Handelns weiterer Umstände (hier verneint). (Rn. 102 – 103) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatz, Schadensersatzanspruch, Fahrzeug, Berufung, Rechtsanwaltskosten, Revision, Annahmeverzug, Kaufpreis, Bescheid, Software, Pkw, Herausgabe, Anspruch, betrug, Zug um Zug, unerlaubte Handlung, Kosten des Berufungsverfahrens, Rückabwicklung des Kaufvertrags, Abschalteinrichtungen, Thermofenster, Aufwärmstrategie, SCR-Katalysator, Untersuchungs- und Rügeobliegenheit, Feststellungsinteresse, Nutzungsentschädigung, Zulässigkeit der Berufung, sittenwidrige Schädigung, Schutzgesetz, Dieselskandal, unzulässige Abschalteinrichtung, Porsche Macan

Vorinstanz:

LG Kempten, Endurteil vom 12.06.2020 – 63 O 596/19

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Urteil vom 02.10.2024 – VIa ZR 1500/22

Tenor

1. Die Klägerin ist des eingelegten Rechtsmittels der Berufung verlustig, soweit sich diese gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 1) gerichtet hat.

2. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Kempten (Allgäu) vom 12.06. 2020, Az.: 63 O 596/19, wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 2) richtet.

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

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1. genannte Urteil des Landgerichts Kempten (Allgäu) ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

5. Die Revision gegen dieses Urteil zum Bundesgerichtshof wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

1
Die Klägerin erwarb aufgrund Kaufvertrags vom 25.09.2014 von der Beklagten zu 1) den streitgegenständlichen Pkw Porsche Macan S. 95 BAD 1 Diesel als Neufahrzeug für einen Kaufpreis von 72.698,83 €. Herstellerin des Fahrzeugs ist die Beklagte zu 2). Der in das Fahrzeug eingebaute 6-Zylinder-Motor mit 3,0 l Hubraum wurde von der A. AG hergestellt. Die Übergabe des Fahrzeugs fand am 17.04.2015 statt.

2
Mit Schreiben vom 12.09.2016 gab das Kraftfahrtbundesamt (KBA) eine freiwillige Servicemaßnahme zur Verbesserung des Emissionsminderungskonzeptes (Update) des Fahrzeugs (Anlage B 2) 2) frei. Dieses wurde dem streitgegenständlichen Fahrzeug im November 2016 aufgespielt.

3
Mit Bescheid vom 16.05.2018 (Anlage R 3) ordnete das KBA nachträgliche Nebenbestimmungen zu der das streitgegenständliche Fahrzeug betreffenden EG-Emissionstypgenehmigung an.

4
Dieser Bescheid wurde mit Änderungsbescheid des KBA vom 10.07.2018 (Anlage B 9) aufgehoben. Das aufgrund des Änderungsbescheids entwickelte Software-Update wurde am 01.08. 2018 vom KBA freigegeben (Anlage B 2) 3). Das Update wurde dem streitgegenständlichen Fahrzeug am 14.05. 2020 aufgespielt.

5
Die Fahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs betrug am Tag der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung, dem 15.05.2020 113.164 km.

6
Die Klägerin trägt vor, die Beklagte zu 2) habe den Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs umgebaut und auch die verwendete Motor-Software angepasst.

7
Das Fahrzeug verfüge über vier Abschalteinrichtungen (sog. Strategien):

8
Der Motor weise ein Thermofenster auf, das zur Folge habe, dass das Fahrzeug im Regelbetrieb praktisch immer nur eine reduzierte Abgasnachbehandlung nutze. Es sei „beispielsweise zu lesen“ (Klageschrift, S. 16), dass das Thermofenster zwischen 17° C und 33° C liege, also die Abgasnachbehandlung nur in diesem Fenster vollständig und ohne Abschläge funktioniere. Die Temperatur auf dem Prüfstand betrage 20° C bis 24° C, liege also im Rahmen des Thermofensters.

9
Das Fahrzeug verfüge über eine sog. Aufwärmstrategie. Es sei berichtet worden, dass „A. [-] Modelle“ (Klageschrift S. 15) aufgrund des Lenkradeinschlags unterschieden, ob sie auf dem Prüfstand oder auf der Straße führen. Im ersteren Fall führe die Aufwärmstrategie dazu, dass geringere NOx-Werte anfielen als im Real Drive.

10
Das Fahrzeug sei mit einem SCR-Katalysator ausgestattet, der die Emissionen durch den Einsatz von AdBlue (Harnstoff) verringere. Allerdings werde lediglich auf dem Prüfstand im sog. Speichermodus ausreichend AdBlue verwendet, um die Grenzwerte einzuhalten. Im Straßenverkehr werde im sog. Online-Modus die Verwendung von AdBlue reduziert.

11
Schließlich werde die Getriebesteuerung manipuliert, indem auf dem Prüfstand der SpeicherModus, im Realbetrieb hingegen der Online-Modus verwendet werde. Durch die Verwendung des letzteren Modus erhöhe sich der Stickoxidausstoß mindestens auf das Dreifache der im Speicher-Modus gemessenen Werte.

12
Zudem habe die Beklagte zu 2) auch über das On-Board-Diagnosesystem (OBD) getäuscht, indem dieses so programmiert worden sei, dass es bei einer Inspektion fälschlicherweise melde, dass die Abgassysteme des Fahrzeugs ordnungsgemäß funktionierten.

13
Hochrangige Führungspersönlichkeiten der Beklagten hätten von der Manipulation gewusst und diese angewiesen und gebilligt. Sogar der damalige Vorstand sei daran beteiligt gewesen. So habe der damalige Vorstandsvorsitzende der Beklagten zu 2) M. M. die Abgasproblematik gekannt. Er habe gewusst, dass das Fahrzeug nicht den USamerikanischen Standards entsprochen habe. Auch dem Chef der

Elektronikentwicklung der Beklagten zu 2), C. S., sei die Strategie zur Harnstoffdosierung bekannt gewesen. Im Rahmen eines Gesprächs mit dem KBA am 16.12.2015 habe eine Delegation der Beklagten zu 2) eine Stellungnahme zu den als kritisch eingestuften Motorfunktionen abgeben können. Spätestens ab diesem Tag habe die Beklagte zu 2) die Augen nicht mehr vor der Realität verschließen können, dass unzulässige Abschalteinrichtungen in ihren Fahrzeugen verbaut seien.

14
Das Software-Update bringe Nachteile für das Fahrzeug mit sich: Der AdBlue-Verbrauch erhöhe sich, teilweise auf das Drei- bis Fünffache des ursprünglichen Verbrauchs. Die unzureichende Durchmischung des Harnstoff-Abgas-Gemischs führe zu Ablagerungen im Abgastrakt und im Extremfall zu dessen Verstopfung. Der Dieselpartikelfilter verschlissen schneller.

15
Diese Nachteile führten dazu, dass betroffene Fahrzeuge einen merkantilen Minderwert von mindestens 10% aufwiesen. Die Klägerin sei auch möglichen Steuernachforderungen ausgesetzt.

16
Die Klägerin meint, der geltend gemachte Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags ergebe sich aus §§ 311, 241 Abs. 2 BGB, §§ 280, 241, 443 BGB, § 831 BGB, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 12, 18 RL Nr. 2007/46/EG, §§ 4, 6, 25 EG-FGV, § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. § 263 StGB, § 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 UWG, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG a.F.

17
Die Beklagte unterliege einer sekundären Darlegungslast bzgl. interner Vorgänge, in die die Klägerin keinen Einblick habe. Die Beklagte unterliege ferner der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des § 377 HGB.

18
Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klagepartei 72.698,83 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.02.2019 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN: … und Zug um Zug gegen Zahlung einer von der Beklagten zu 1) noch darzulegenden Nutzungsentschädigung, hilfsweise 1,- €, für die Nutzung des Pkw.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) das Fahrzeug Porsche Macan S Diesel, FIN: … dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr.
hilfsweise:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) in den Motor Typ 3.0 l V6 Dieselmotor des Fahrzeugs Porsche Macan S Diesel, FIN: … eine unzulässige Abschalteinrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickoxidemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass es zu einem höheren NOx-Ausstoß führt. höchst hilfsweise:

2. a. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klagepartei 72.698,83 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 17.04.2015 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN: ….

2. b. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) das Fahrzeug Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN: … dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr.

hilfsweise:

2 b. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu leisten für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) in den Motor Typ 3.0 l V6 Dieselmotor des Fahrzeugs Porsche Macan S Diesel, FIN: … eine unzulässige Abschalteinrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickoxidemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass es zu einem höheren NOx-Ausstoß führt.

2 c. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 2) mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 2 a. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) mit der Rücknahme des im Klageantrag 1. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet.

4. Die Beklagten werden jeweils getrennt, nicht gesamtschuldnerisch verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von jeweils 3.196,34 € freizustellen.

19
Die Beklagte zu 2) bestreitet, dass ihre Vorstandsmitglieder zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses Kenntnis der konkreten Bedatung der Motorsteuerungssoftware gehabt hätten. Der Motor sei von der A. AG produziert, bedatet und mit dem Fahrzeug vernetzt worden. Der Arbeitsanteil der Beklagten zu 2) habe sich auf den rein mechanischen Einbau des Motors, des Motorsteuerungsgeräts, des Abgasnachbehandlungssystems und das Aufspielen der Motorsteuerungssoftware aus einem verschlüsselten sog. Flash-Container ohne Änderungsmöglichkeiten beschränkt. Eine Analyse der Software sei vertraglich nicht vorgesehen gewesen und auch nicht durchgeführt worden. Eine Gesamtprüfung hätte aufgrund der Datenmasse allein für das Lesen einen Zeitraum von ca. zwei Jahren erfordert.

20
Im streitgegenständlichen Fahrzeug würden zwei Technologien zur Reduktion des Stickoxidausstoßes eingesetzt. Zum einen komme ein SCR-Katalysator, der mit AdBlue betrieben werde, zum Einsatz, zum anderen die sogenannte Abgasrückführung (AGR). Im letzteren System könne es insbesondere bei kalten Temperaturen und einer stetig hohen AGR-Rate zu Ablagerungen (sog. Versottung) kommen. Dies könne zu Motorschäden führen. Daher werde die AGR bei kühleren Temperaturen zurückgefahren. Dieses sog. Thermofenster sei technisch erforderlich, entspreche dem üblichen technischen Standard und sei auch den Prüfbehörden bekannt gewesen.

21
Die Umschaltung des SCR-Systems zwischen Speicher- und Onlinebetriebe erfolgt anhand verschiedener Parameter. Sie verhalte sich bei gleichem Fahrprofil auf dem Prüfstand sowie im realen Fahrbetrieb gleich.

22
Das Getriebe des Fahrzeugs wechsele wie jedes Automatikgetriebe eigenständig zwischen verschiedenen Fahrstufen. Die sogenannte Schaltsteuerung übernehme entweder ein Warmlaufschaltprogramm (E-Modus) oder das Dynamische Schaltprogramm (DSP). Eine Änderung der Getriebemodi bei fehlendem Lenkradeinschlag sei nicht bedatet.

23
Ab dem Aufkommen der sogenannten Dieselthematik, das mit einer sog. Notice of Violation der USamerikanischen Environmental Protection Agency vom 18.09.2015 begonnen habe, habe die Beklagte zu 2) bei der A. AG Erkundigungen eingezogen, ob in den an sie gelieferten Motoren unzulässige Abschalteinrichtungen enthalten seien. Die A. AG habe bis in den Juni 2017 hinein wiederholt bestätigt, dass der von ihr hergestellte Motor frei von unzulässigen Abschalteinrichtungen sei.

24
Das Software-Update sei mit keinen nachteiligen Folgen verbunden. Das KBA habe bereits 2016 bestätigt, dass die damals entwickelte Servicemaßnahme mit keinen Nachteilen für den Kunden verbunden sei.

25
Die Beklagte meint, vor dem Hintergrund der bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug bereits im November 2016 umgesetzten Maßnahme liege keine unzulässige Abschalteinrichtung vor.

26
Ansprüche der Klägerin bestünden nicht.

27
Die EG-Übereinstimmungsbescheinigung sei gültig und könne auch nicht als Garantie der Beklagten angesehen werden.

28
Für einen Anspruch aus §§ 311 Abs. 3, 280 Abs. 1 BGB bzw. §§ 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2 BGB fehle es an der Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens. Hinsichtlich eines Anspruchs aus § 831 BGB habe die Klägerin nicht substantiiert dargelegt, dass ein Verrichtungsgehilfe der Beklagten zu 2) in Ausführung einer Verrichtung eine unerlaubte Handlung begangen habe.

29
Ein Schaden der Klägerin sei nicht dargelegt. Mit einer Nachveranlagung durch die Steuerbehörden sei nicht zu rechnen, da gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 KraftStG die Angaben im Fahrzeugschein maßgeblich für Besteuerung seien. Die Behauptung eines merkantilen Minderwerts von mindestens 10% sei eine Behauptung ins Blaue.

30
Eine sekundäre Darlegungslast treffe die Beklagte nicht, zumal sie nicht Herstellerin des verbauten Motors sei.

31
Die Klägerin bestreitet, dass das KBA den Motor ordnungsgemäß geprüft hätte.

32
Das Landgericht Kempten (Allgäu) hat mit Endurteil vom 12.06.2020 entschieden:

Die Klage wird abgewiesen.

33
Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt:

34
I. Die Leistungsklage und die Feststellungsklagen gegenüber der Beklagten zu 1) seien zulässig, aber unbegründet, weil Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) nicht bestünden.

35
II. Der im Hauptantrag gestellte Feststellungsantrag gegen die Beklagte zu 2) sei unzulässig.

36
1. Der Antrag sei nicht hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 ZPO.

37
Im Übrigen sei die Klage gegen die Beklagte zu 2) auch unbegründet.

38
Der Klägerin stünden bereits dem Grunde nach keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu 2) zu. Der geltend gemachte deliktische Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB setze voraus, dass die objektive und subjektive Erfüllung des Schutzgesetzes § 263 StGB durch eine natürliche Person nachgewiesen sei und deren Verhalten der Beklagten zu 2) nach den Grundsätzen des § 31 BGB zugerechnet werden könne.

39
Vorliegend fehle es bereits an einem hinreichend konkreten Vortrag der Klägerin, durch welche konkrete aktive Täuschungshandlung einer Person aus dem in Betracht kommenden Personenkreis des § 31 BGB der Beklagten zu 2) bei ihr im konkreten Fall ein Irrtum erregt und sie deswegen zu einer Vermögensverfügung veranlasst worden sei.

40
Organe oder Repräsentanten der Beklagten zu 2) seien an Vertragsverhandlungen über den Kaufabschluss nicht beteiligt gewesen.

41
Auch sei der Vortrag der Klägerin, wann wer auf welcher Grundlage im Hause der Beklagten zu 2) was gewusst haben solle, nicht hinreichend konkret.

42
Es könne daher allenfalls eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht gezogen werden.

43
Im Falle eines unechten Unterlassungsdelikts müsste der Täter aber eine Garantenstellung innehaben.

44
Eine solche lasse sich mangels vertraglicher Beziehungen der Parteien allenfalls aus der Haftung für pflichtwidriges Vorverhalten ableiten. Ein insoweit in Betracht kommender Verstoß gegen europarechtliche Regelungen sei allerdings nicht geeignet, eine Garantiestellung zu begründen, da diese Regelungen nicht dem Schutz der Vermögensinteressen der Klägerin, sondern gesamtgesellschaftlichen Zielen dienten.

45
2. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Vorschriften der EG-FGV bestehe ebenfalls nicht, da diese Vorschriften nicht dem Schutz der Vermögensinteressen der Klägerin, sondern der Weiterentwicklung des Binnenmarkts durch Harmonisierung der technischen Vorschriften über die Typengenehmigung von Kraftfahrzeugen sowie der Sicherstellung eines hohen Umweltschutzniveaus dienten.

46
3. Auch Ansprüche der Klägerin gem. §§ 826, 831 BGB bestünden nicht.

47
Das behauptete Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit einer unzulässigen Schalteinrichtung könne nicht als sittenwidrig gewertet werden. Ein Verstoß gegen die Vorschriften der VO EG 715/ 2007 liege außerhalb des Schutzzwecks des § 826 BGB.

48
Zudem müsste die Klägerin darlegen, welches Organmitglied oder welcher Repräsentant den objektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht habe, und dessen Vorsatz vortragen und ggf. beweisen.

49
Ein solcher Vortrag sei nicht ausreichend konkret erfolgt.

50
Die Beweisnot der Klägerin allein könne nicht zu Beweiserleichterungen oder einer sekundären Beweislast der Beklagten zu 2) führen. Diese sei gehalten, auf konkrete Tatsachenbehauptungen zu erwidern, aber nicht gezwungen, einen pauschalen Vorwurf des betrügerischen bzw. sittenwidrigen Verhaltens durch detaillierte Darlegung ihrer innerbetrieblichen Abläufe zu entkräften.

51
4. Auch die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 831 BGB habe die Klägerin nicht hinreichend konkret vorgetragen.

52
5. Auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gem. §§ 311, 241 Abs. 2 BGB bestehe nicht. Die Grundsätze der kapitalmarktrechtlichen Prospekthaftung seien aufgrund des vorrangigen Kaufrechts nicht anwendbar. Darüber hinaus fehle es an einem „Prospekt“ i.d.S. und am Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität.

53
6. Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit sei der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag zu 2. unbegründet, da der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zustehe.

54
7. Gleiches gelte für den weiteren Hilfsantrag zu 2 a. auf Rückzahlung des Kaufpreises und die haupt- und hilfsweise gestellten Feststellungsanträge zu 2 b..

55
8. Mangels Rückabwicklungsanspruch befinde sich die Beklagte zu 2) mit der Rücknahme des Fahrzeugs nicht in Annahmeverzug (§§ 293 f. BGB).

56
9. Da der Klägerin keine Hauptansprüche zustünden, könne sie auch nicht ihre vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten geltend machen bzw. insoweit Freistellung verlangen.

57
Die Klägerin hat gegen das dem Klägervertreter am 19.06.2020 zugestellte Urteil mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 16.07.2020, eingegangen beim Oberlandesgericht München am selben Tag, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 21.09.2020, eingegangen beim Oberlandesgericht München am selben Tag, begründet.

58
Sie führt aus:

59
1. Der Hauptantrag zu 2. sei hinreichend bestimmt und zulässig.

60
Zumindest sei der Hilfsantrag zu 2. zulässig.

61
2. Sie habe die Voraussetzungen von Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 826 BGB substantiiert dargelegt.

62
Sie habe zur Kenntnis der Beklagten zu 2) schlüssig vorgetragen, diese habe es versäumt den Vorwurf im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast zu entkräften. Eine Kenntnis des Vorstands der Beklagten zu 2) sei daher zu bejahen.

63
Der Vorstand von VW, namentlich Dr. U. H., der auch Vorstand der A. AG gewesen sei, habe angewiesen, dass die bei der A. AG entwickelte Manipulationssoftware eingebaut werde. Auch der damalige Vorstandsvorsitzende der Beklagten zu 2), M. M., habe bereits 2007 gewusst, dass die A. -Fahrzeuge dem US-Standard nicht genügten. Als es dann plötzlich eine Lösung für den Motor gegeben habe, hätten die beteiligten Vorstände erkennen können und müssen, dass dies nicht mit rechten Dingen zugehen könne, und sich über den Stand der Technik informieren müssen. Um den September 2011 sei der damalige Leiter der elektronischen Entwicklung der Beklagten zu 2), C. S., über die Strategie zur Harnstoffdosierung informiert worden.

64
3. Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bestehe.

65
Die Typengenehmigung des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei erloschen. Die Beklagte zu 2) hätte im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens Ausführungen zur Arbeitsweise der Abschalteinrichtung machen müssen. Da die Betriebserlaubnis des Fahrzeugs erloschen gewesen sei, sei auch der Rückrufbescheid des KBA, mit dem nachträglich Nebenbestimmungen angeordnet worden seien, rechtswidrig.

66
4. Ferner bestehe ein Anspruch aus § 831 BGB.

67
Wenn Mitarbeiter unterhalb der Ebene des Vorstands der Beklagten zu 2) die streitgegenständliche Software entwickelt haben sollten, wären sie als Verrichtungsgehilfen der Beklagten zu 2) einzuordnen.

68
5. Die Ansprüche ergäben sich auch aus §§ 280, 241, 443, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 12, 18 der Richtlinie Nr. 2007/46/EG, §§ 4, 6, 25 EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung.

69
Die o.g. Richtlinie entfalte drittschützende Wirkung.

70
6. Aufgrund des bestehenden Hauptanspruchs befinde sich die Beklagte im Annahmeverzug. Auch hätte das Landgericht dem Antrag bezüglich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgeben müssen.

71
Die Klägerin hat im Berufungsverfahren zunächst beantragt,

72
Das Urteil LG Kempten vom 16.06.2020, Az.: 63 O 596/19, wird wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klagepartei 72.698,83 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.02.2019 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN: … und Zug um Zug gegen Zahlung einer von der Beklagten zu 1) noch darzulegenden Nutzungsentschädigung, hilfsweise 1,- €, für die Nutzung des Pkw.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) das Fahrzeug Porsche Macan S Diesel, FIN: …dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr. hilfsweise:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) in den Motor Typ 3.0 l V6 Dieselmotor des Fahrzeugs Porsche Macan S Diesel, FIN: … eine unzulässige Abschalteinrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickoxidemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass es zu einem höheren NOx-Ausstoß führt. höchst

hilfsweise:

1 a. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klagepartei 72.698,83 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 17.04.2015 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN: … .

2 b. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2 verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) das Fahrzeug Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN: … dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr.

hilfsweise:

2 b. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu leisten für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) in den Motor Typ 3.0 l V6 Dieselmotor des Fahrzeugs Porsche Macan S Diesel, FIN: … eine unzulässige Abschalteinrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und Stickoxidemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, sodass es zu einem höheren NOx-Ausstoß führt.

2 c. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 2) mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 2 a. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet.

4. Die Beklagten werden jeweils getrennt, nicht gesamtschuldnerisch verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von jeweils 3.196,34 € freizustellen.

73
Die Beklagte zu 2) beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

74
Sie führt aus:

75
Sie habe den streitgegenständlichen Motor – samt Motorsteuerung, Motorsteuerungssoftware und Abgasnachbehandlungssystem – nicht entwickelt und nicht hergestellt, sondern ihn als Zulieferprodukt bei der A. AG zugekauft. Die fehlerfreie Konstruktion eines zugelieferten Motors inklusive der enthaltenen Software liege in der Verantwortung des Zulieferers. Die A. AG habe ihr nach Aufkommen der Dieselthematik im Herbst 2015 bis in den Juni 2017 hinein wiederholt schriftlich bestätigt, dass der Motor frei von unzulässigen Abschalteinrichtungen sei. Des Weiteren habe sie mit dem Aufkommen der Dieselthematik im Herbst 2015 umfangreiche eigene technische Prüfungen durchgeführt. Dabei hätten keine unzulässigen Abschalteinrichtungen festgestellt werden können. Zu berücksichtigen sei ferner, dass der Vertragsschluss am 29.12.2014 noch deutlich vor dem Aufkommen der EA 189 (EU 5)-Thematik in den USA im Herbst 2015 gelegen habe.

76
Aus dem finalen Rückrufbescheid des KBA vom 10.07.2018 ergebe sich, dass (allein) die konkrete Bedatung des Warmlaufmodus des SCR-Katalysators als unzulässige Abschalteinrichtung eingestuft worden sei. Aufgrund der vorangegangenen Software-Maßnahme hätten zu diesem Zeitpunkt lediglich noch etwa 5% der in Gebrauch befindlichen Fahrzeuge diese als unzulässig festgestellte Bedatung aufgewiesen.

77
Die Feststellungsklage sei bereits unzulässig. Bei der Verletzung einer Norm zum Schutze des Vermögens müsse die Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens dargelegt werden. Wenn der Eintritt eines Schadens noch ungewiss sei, fehle es an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis bzw. dem erforderlichen Feststellungsinteresse (BGH,NJW 2006, 830, 832; Zöller/Greger, § 256 ZPO, Rdnr. 8).

78
Die Regelungen der §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 27 Abs. 1 EG-FGV seien keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

79
Mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 22.06.2022 (Bl. 762 d.A.) hat die Klägerin die Berufung gegen die Beklagte zu 1) zurückgenommen.

80
Sie beantragt nunmehr:

Das Urteil LG Kempten vom 16.06.2020, Az.: 63 O 596/19, wird wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klagepartei 72.698,83 € abzüglich einer vom Gericht gemäß § 287 ZPO zu schätzenden Nutzungsentschädigung nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p.a. seit dem 17.04. 2015 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw Porsche Macan S Diesel, FIN: ….

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für weitere Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) das Fahrzeug Porsche Macan S Diesel, FIN: … dahingehend beeinflusst hat, dass dieses hinsichtlich der Abgasstoffmenge im Prüfstandbetrieb einen geringeren Ausstoß aufweist als im regulären Betrieb im Straßenverkehr. hilfsweise:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klagepartei Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die daraus resultieren, dass die Beklagte zu 2) in den Motor Typ 3.0 l V6 Dieselmotor des Fahrzeugs Porsche Macan S Diesel, FIN: … eine unzulässige Abschalteinrichtung in der Form einer Software eingebaut hat, welche bei Erkennung standardisierter Prüfstandsituationen (NEFZ) die Abgasaufbereitung so optimiert, dass möglichst wenige Stickoxide (NOx) entstehen und

Stickoxidemissionsmesswerte reduziert werden, und die im Normalbetrieb Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb setzt, so dass es zu einem höheren NOx-Ausstoß führt.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 2) mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet.

4. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.196,34 € freizustellen.

81
Hinsichtlich der Nutzungsentschädigung sei eine Gesamtfahrleistung nicht unter 350.000 km vorzunehmen.

82
Zu den Feststellungsanträgen führt die Klägerin aus, sie könne nicht ausschließen, dass ihr weitere Schäden, z.B. durch Abmelde- und Transportkosten drohten.

83
Der Senat hat am 14.07.2022 mündlich verhandelt. Insoweit wird Bezug genommen auf das Sitzungsprotokoll (Bl. 804 – 807 d.A.).

84
Die Fahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs betrug zu diesem Zeitpunkt 150.278 km.

85
Ergänzend wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien samt Anlagen sowie die weiteren Aktenbestandteile.

86
II. Die zuletzt nur noch gegen die Beklagte zu 2) geführte Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg, da sie zulässig, aber unbegründet ist.

87
1. Die Berufung gegen die Beklagte zu 1) hat die Klägerin mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 22.06.2022 (Bl. 762 d.A.) wirksam zurückgenommen.

88
2. Die Berufung gegen die Beklagte zu 2) wurde form- und fristgerecht eingelegt (§§ 517, 519 ZPO) und begründet (§ 520 ZPO) und ist auch im Übrigen zulässig.

89
3. Die zuletzt gestellten Hauptanträge sind mit Ausnahme des Feststellungsantrags zu 2. zulässig.

90
Der Feststellungsantrag zu 2. ist mangels eines Feststellungsinteresses (§ 256 Abs. 1 ZPO) unzulässig. Da der Antrag nicht auf die Verletzung eines absoluten Rechts, sondern auf einen reinen Vermögensschaden gestützt wird, setzt bereits seine Zulässigkeit die Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts voraus (BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830, Rdnr. 27). Hiervon kann nicht ausgegangen werden. Die Klägerin hat im November 2016 und am 14.05.2020 zwei vom Kraftfahrtbundesamt (im Folgenden: KBA) freigegebene Software-Updates aufspielen lassen. Das Fahrzeug ist allein seit dem zweiten Update, das mittlerweile mehr als zwei Jahre zurückliegt, ca. 37.000 km gefahren worden, ohne dass insoweit zwischenzeitlich eingetretene technische Probleme bzw. Schäden dargelegt worden wären. Im Hinblick auf die seit dem Bekanntwerden der Thematik und dem ersten Update zwischenzeitlich verstrichene Zeitspanne von ca. sechs Jahren erscheint es auch nicht wahrscheinlich, dass der Klägerin die Nutzung des Fahrzeugs im Hinblick auf die im Streit stehenden „Strategien“ in Zukunft untersagt werden könnte oder der Klägerin Steuernachforderungen drohten.

91
4. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag zu 2. ist ebenfalls aus dem unter Ziffer 3. genannten Grund mangels Feststellungsinteresses (§ 256 Abs. 1 ZPO) unzulässig.

92

Der Hilfsantrag ist im Hinblick auf das Erfordernis der Bestimmtheit von Anträgen (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) konkreter formuliert als der Hauptantrag zu 2. Im Hinblick auf die Anforderungen des § 256 Abs. 1 ZPO (vgl. o. unter Ziff. 3.) ergibt sich insoweit jedoch kein Unterschied zum Hauptantrag zu 2.

93
5. Die Anträge zu 1., 3. und 4. sind unbegründet.

94
a) Der Klägerin steht kein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags (Antrag zu 1.) zu.

95
(1) Der Klägerin steht kein Anspruch gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 BGB wegen Inanspruchnahme besonderen Vertrauens oder Zusicherung einer Beschaffenheit im Zusammenhang mit der Übereinstimmungsbescheinigung zu.

96
Mit der Erstellung der Übereinstimmungsbescheinigung (§§ 6, 27 Abs. 1, 37 Abs. 1 EG-FGV), mit der bestätigt wird, dass das konkrete auf den Markt gebrachte Fahrzeug den Vorgaben der EG-Typgenehmigung entspricht, erfüllt der Hersteller eine gesetzliche Verpflichtung (vgl. Art. 18 der RL 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge – im Folgenden: RL 2007/46/EG – sowie §§ 6, 27 Abs. 1, 37 EG-FGV) und schafft die Voraussetzungen der (Erst-) Zulassung des auf den Markt gebrachten Fahrzeugs (§ 6 Abs. 3 FZV). Dass der Hersteller über diese gesetzliche Pflichterfüllung hinaus in besonderem Maße Vertrauen in Anspruch nehmen oder eine Zusicherung abgeben will, erschließt sich weder nach dem Text der Bescheinigung, noch nach deren Zweck. Eine irgendwie geartete Garantiezusage ist damit nicht verbunden (OLG Köln, BeckRS 2021, 22745, Rdnr. 60).

97
(2) Ein Anspruch aus § 443 Abs. 1 BGB besteht nicht.

98
Es fehlt an der für die vertragliche Vereinbarung einer Garantie erforderlichen Willenserklärung, wenn der Verkäufer, der Hersteller oder ein sonstiger Dritter gegenüber dem Käufer eine – mündliche oder schriftliche – Erklärung abgibt, zu der er gesetzlich verpflichtet ist. Wenn ein Kfz-Hersteller in Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung aus § 6 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV eine sog. EU-Übereinstimmungsbescheinigung an den Käufer ausgibt, kann dies daher nicht als Übernahme einer Garantie dafür angesehen werden, dass ein bestimmtes Fahrzeug einem zugelassenen Typ entspricht und innerhalb der EU zur Teilnahme am Straßenverkehr zugelassen werden kann (BeckOGK/Stöber, § 443 BGB, Rdnr. 48).

99
(3) Der Klägerin steht mangels einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung seitens der Beklagten auch kein Anspruch aus § 826 BGB zu.

100
aa) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, NJOZ 2021, 1519, Rdnr. 11; BGH, NJW 2021, 3721, Rdnr. 13).

101
Bei einer Abschalteinrichtung, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann – bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte – nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu

verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (vgl. BGH, NJW 2021, 3721, Rdnr. 15 ff.).

102
bb) Die Voraussetzungen eines sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten können auch unter Zugrundelegung des Sachvortrags des Klägers nicht festgestellt werden.

− Dies gilt auch, wenn man – wie die Klägerin – annimmt, dass die verwendete temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems (“Thermofenster“) eine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstelle (vgl. EuGH, BeckRS 2022, 16620, Rdnr. 60 ff., 99; EuGH, BeckRS 2022, 16621, Rdnr. 34 ff., 96; EuGH, BeckRS 2022, 16622, Rdnr. 45 ff., 68).

103
Der darin liegende Gesetzesverstoß wäre nämlich für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz der Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Da das Thermofenster im Grundsatz auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet, bedürfte es für die Annahme eines sittenwidrigen Handelns weiterer Umstände. Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt in diesen Fällen jedenfalls voraus, dass die o.g. Personen bei der Entwicklung und / oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, NJW 2021, 921, Rdnr. 18 f.; BGH, NJW 2021, 3721, Rdnr. 16; BGH, BeckRS 2021, 38651, Rdnr. 15).

104
Auch aus einer etwa unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren – erforderliche – Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Sätze 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (vgl. BGH, BeckRS 2021, 38651, Rdnr. 17). Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, hat die Klägerin nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich.

105
Auch ein verpflichtender Rückruf des KBA indiziert nicht bereits ausreichend das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung, über die das KBA bei Erteilung der Typ-Genehmigung getäuscht wurde. Jedenfalls müssen für eine Haftung der Beklagten wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, BeckRS 2021, 33038, Rdnr. 14).

106
Hinsichtlich der Aufheizstrategie (Strategie A) ergibt sich aus den vom KBA getroffenen Feststellungen nicht, dass die Nutzung dieser Strategie an eine Lenkwinkelerkennung anknüpft (wie die Klägerin dies im Übrigen nur für nicht näher spezifizierte „A. [-]Modelle“ vorträgt). Die Anknüpfung bezieht sich danach vielmehr auf eine Vielzahl von Initialisierungsparametern, die allerdings so eng geknüpft sind, dass sie „nahezu ausschließlich“ im NEFZ und den dort definierten Prüfbedingungen wirkten.

107
Auch im Übrigen handelt es sich bei den dargestellten Steuerungsfunktionen um Funktionen, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeiten wie im realen Fahrbetrieb.

108
Bei dem On-Board-Diagnose-System handelt es sich schon nach dem Vortrag der Klägerin nicht um eine Abschalteinrichtung, da es für sich gesehen nichts abschaltet und auch nichts reduziert.

− Vor dem Hintergrund der allgemein bekannten Informationen und der von der Klägerin entsprechend geschilderten Funktionsweise des „Thermofensters“ war die von der Beklagten vorgenommene Auslegung einer unbestimmten Norm, nach der ein „Thermofenster“ eine zulässige Abschalteinrichtung darstelle, vor den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022 – C-128/20, C-134/20 und C-145/20 (BeckRS 2022, 16622; BeckRS 2022, 16621; BeckRS 2022, 16620) jedenfalls nicht unvertretbar. Ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes (vgl. zur Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 2007/715 auch die Einschätzung der vom Bundesverkehrsministerium eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“, Stand April 2016, S. 123, zitiert nach OLG Stuttgart, NJW-RR 2019, 1489, Rdnr. 79, nach der ein Gesetzesverstoß durch die von allen Autoherstellern eingesetzten Thermofenster jedenfalls nicht eindeutig vorliege) und möglicherweise auch einer gewissen Kostensensibilität (vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9904, Rdnr. 39) kann ohne weitere Anhaltspunkte nicht als besonders verwerfliches Verhalten angesehen werden (OLG Düsseldorf, a.a.O., Rdnr. 35 ff.; OLG Koblenz, BeckRS 2020, 21725, Rdnr. 17 ff.; OLG Stuttgart, a.a.O., Rdnr. 75 ff.;).

109
Im Übrigen ist ein hinreichend substantiierter Sachvortrag der insoweit darlegungsbelasteten Klägerin (vgl. BGH, NJW 2021, 921, Rdnr. 19; BGH, NJW 2021, 3721, Rdnr. 17), dem sich konkrete Anhaltspunkte für ein entsprechendes Bewusstsein der für die Beklagten handelnden Personen entnehmen ließen, nicht erfolgt. Eine bewusste Täuschung des KBA (vgl. BGH, NJOZ 2021, 1519, Rdnr. 11; BGH, NJW 2021, 3721, Rdnr. 13).) lässt sich hinsichtlich der streitgegenständlichen Programmierungen nicht feststellen.

− Zudem fehlt es jedenfalls an dem für eine deliktische Haftung notwendigen Schädigungsvorsatz der Beklagten bzw. dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit (vgl. OLG Schleswig, BeckRS 2020, 9840, Rdnr. 34 f.). 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 Anspruchsstellers – gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben (vgl. Grüneberg/Grüneberg, § 276 BGB, Rdnr. 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, Rdnr. 24). Dagegen genügt es nicht, 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 Rdnr. 10).

110
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, war dies beim sog. „Thermofenster“ gerade nicht der Fall. Es sind vorliegend auch unter Berücksichtigung des Rückrufbescheids des KBA bzw. des Software-Updates keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Einbau der Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in den streitgegenständlichen Motor 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 falsche, aber bislang dennoch vertretbare Gesetzesauslegung zugrunde liegen, dass es sich um eine zulässige Abschalteinrichtung 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 auch bekannt gewesen waren, kann es keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen, wenn ein Kfz-Hersteller nicht der Vorreiter der technischen Entwicklung ist (OLG Düsseldorf, BeckRS 2020, 9904 Rdnr. 42).

111
Im Übrigen lassen sich für die Feststellung eines Schädigungsvorsatzes bzw. Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zum einen weder aus Vorgängen im Zusammenhang mit anderen, nicht streitgegenständlichen Motortypen – insbesondere dem Motortyp EA 189 –, noch im Hinblick auf die rechtliche Bewertung einzelner Motoren nach USamerikanischem Recht Schlüsse auf ein solches Bewusstsein ziehen, zum anderen kann die Annahme eines solchen Bewusstseins auch nicht auf Vorgänge nach dem am 25.09.2014 erfolgten Vertragsschluss gestützt werden. Auch kommt es nicht auf den der

Beklagten nicht zurechenbaren Kenntnisstand von Mitgliedern der Organe anderer Konzerngesellschaften an.

112
Schließlich ist zu sehen, dass die Beklagte zu 2) den streitgegenständlichen Motor nicht selbst hergestellt, sondern von der A. AG bezogen hat. Sie hat auch substantiiert dargelegt, dass eine Analyse der Software durch sie weder vertraglich vereinbart war, noch durchgeführt wurde. Inwieweit eine Obliegenheit zu einer Überprüfung des Motors bzw. der aufgespielten Software nach § 377 HGB bestand, kann dahinstehen, da die Nichteinhaltung einer solchen Obliegenheit lediglich den Verlust von Rechten der Beklagten gegen die A. AG zur Folge haben, nicht aber Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte begründen könnte.

113
Soweit die Klägerin zum Beweis des Kenntnisstandes der Organmitglieder bzw. Mitarbeiter der Beklagten den Zeugen C. S. benannt hat, hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 14.07.2022 gemäß § 399 ZPO auf ihn verzichtet (vgl. Sitzungsprotokoll, Bl. 804 – 807 d.A., dort S. 2 = Bl. 805 d.A.).

114
(3) Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin auf Erstattung des Kaufpreises kann auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB hergeleitet werden.

115
Für die Annahme eines Betrugs gemäß § 263 Abs. 1 StGB fehlt es jedenfalls an der Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (vgl. BGH, NJW 2020, 2798, Rdnr. 17 ff.).

116
(4) Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 831 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. §§ 823 Abs. 2, 831 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet aus, da auch insoweit der subjektive Tatbestand des § 826 BGB bzw. des § 263 StGB erfüllt sein müsste (vgl. BGH, NJW 2021, 1669, Rdnr. 35; BeckOGK/Spindler, § 831 BGB, Rdnr. 35), dies aber zu verneinen ist (vgl. o. unter Punkt (2) und (3)).

117
(5) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers auf Erstattung des Kaufpreises kann schließlich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hergeleitet werden. Das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt weder im Aufgabenbereich der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (BGHZ 225, 316 = NJW 2020, 1962, Rdnr. 72 ff.), noch im Aufgabenbereich des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (BGH, NJW 2020, 2798, Rdnr. 12 ff.).

118
Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Schlussantrag des Generalanwalts im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, Az.: C-100/21. Die dem zugrunde liegende Ansicht des vorlegenden Landgerichts Ravensburg, dass das deutsche Recht insgesamt keine ausreichende Handhabe biete, um die Durchsetzung des Unionsrechts gegen die Fahrzeughersteller zu gewährleisten, teilt der Senat nicht, da das deutsche Recht durch ein abgestuftes System der gewährleistungsrechtlichen Haftung und etwaiger bußgeldrechtlicher Sanktionierungen bereits hinreichend abschreckende Maßnahmen enthält, um das Interesse des Erwerbers zu schützen, nicht ein mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattetes Fahrzeug zu erwerben bzw. nutzen zu müssen, und einen erheblichen Anreiz für die Hersteller von Motoren zu bieten, unionsrechtliche Vorschriften einzuhalten.

119
So ist ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlung gemäß § 826 BGB (i.V.m. § 31 BGB bzw. § 831 BGB) gegen den Hersteller eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Motors zwar von strengen Voraussetzungen abhängig; diese wurden allerdings bereits in vielen tausenden Fällen mit der Folge einer Haftung des Motorenherstellers bejaht. Überdies stehen dem Erwerber eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs in aller Regel – verschuldensunabhängig – vertragliche Ansprüche zu, die insbesondere auf Nacherfüllung gerichtet sind und ggf. – falls es sich bei dem Verkäufer des Fahrzeugs nicht um den Motorenhersteller handeln sollte – zu Regressansprüchen gegen den Hersteller des Motors führen. Schließlich sind auch die nach deutschem Recht vorgesehenen Strafen und Bußgelder (u.a. § 37 Abs. 1 EG-FGV) und die hoheitlichen Befugnisse der

Aufsichtsbehörden (vgl. § 25 EG-FGV) zu berücksichtigen (vgl. OLG Stuttgart, BeckRS 2022, 16112, Rdnr. 86 ff.).

120
b) Mangels Hauptanspruchs steht der Klägerin auch kein Zinsanspruch zu.

121
c) Die Beklagte zu 2) befindet sich auch nicht im Annahmeverzug, da die Klägerin nach dem unter Punkt a) Ausgeführten keinen Anspruch gegen die Beklagte zu 2) auf Rückabwicklung des streitgegenständlichen Kaufvertrags hat.

122
d) Schließlich kann die Beklagte zu 2) mangels Hauptanspruchs auch nicht die Freistellung von vorprozessualen Rechtsanwaltskosten verlangen.

123
6. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO

124
7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 Sätze 1 und 2 i.V.m. § 709 Satz 2 ZPO.

125
8. Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 ZPO war im Hinblick auf den Schlussantrag des Generalanwalts im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof Az.: C-100/21 sowie die bevorstehende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im o.g. Verfahren die Revision zum Bundesgerichtshof zuzulassen.