
Datum: 14.10.2021
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 274/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2021:1014.28U274.19.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 16 O 136/19
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, VIa - ZR 528/21

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 21.10.2019 verkündete Urteil des Einzelrichters der 16. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung aus beiden Urteilen durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der aufgrund der Urteile vollstreckbaren Beträge abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

G r ü n d e :	1
I.	2
Der Kläger nimmt die Beklagte zu 1) nach erklärtem Rücktritt auf Rückabwicklung des Kaufvertrages über das streitgegenständliche Fahrzeug und die Beklagte zu 2) als Herstellerin des Fahrzeugs auf Schadensersatz in Anspruch.	3
Der Kläger erwarb den im Klageantrag zu 1. näher bezeichneten gebrauchten Mercedes-Benz V 250 BlueTec (Kilometerstand 78.216, Erstzulassung 00.05.2014) von der Beklagten zu 1) aufgrund schriftlicher Bestellung vom 09.03.2018 zum Preis von 39.980,00 EUR. In den	4

Kaufvertrag einbezogen waren die Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten zu 1), die in Ziff. VI. 1. für Sachmängelansprüche des Käufers eine Verjährungsfrist von einem Jahr ab Auslieferung des Fahrzeugs vorsehen.

Der Kläger leistete am 12.03.2018 eine Anzahlung auf den Kaufpreis in Höhe von 14.000,00 EUR. Den Restbetrag finanzierte er mittels eines Darlehens der Mercedes-Benz Bank AG. In den Darlehensvertrag waren die Darlehensbedingungen der Mercedes-Benz Bank AG einbezogen. Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 19.03.2018 übergeben. 5

Das Fahrzeug verfügt über eine EG-Typgenehmigung nach der Schadstoffklasse Euro 6 und ist mit einem Motor des Typs OM 651 ausgestattet. In dem Fahrzeug ist ein sog. Thermofenster verbaut, welches bewirkt, dass die Abgasrückführung (auch) temperaturabhängig gesteuert und bei kühleren sowie besonders hohen Außentemperaturen reduziert wird mit der Folge eines erhöhten Stickoxidausstoßes und einer Überschreitung des diesbezüglichen Euro 6 - Grenzwertes. 6

Das Kraftfahrt-Bundesamt ordnete für Fahrzeuge des hier in Rede stehenden Typs wegen des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschaltvorrichtung den Rückruf an. Das daraufhin von der Beklagten zu 2) entwickelte Software-Update gab das Kraftfahrt-Bundesamt mit Bescheid vom 12.09.2018 frei. Der Kläger ließ das Software-Update bislang nicht auf sein Fahrzeug aufspielen. 7

Mit e-mail seiner Prozessbevollmächtigten an die Beklagte zu 1) vom 12.02.2019 erklärte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte die Rückabwicklung des Kaufvertrages bis zum 26.02.2019. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1) wiesen die Rücktrittserklärung mit Schreiben vom 18.02.2019 wegen unterbliebener Vorlage einer Vollmacht zurück. Daraufhin übersandten die Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Schreiben vom 22.02.2019 eine schriftliche Vollmacht des Klägers. Mit weiterem Anwaltsschreiben vom 12.02.2019 forderte der Kläger die Beklagte zu 2) zur Zahlung von Schadensersatz auf. Die Beklagten leisteten keine Zahlungen an den Kläger. 8

Der Kläger hat zur Begründung seiner Klage vorgetragen: 9

Die Beklagte zu 1) sei aus Gewährleistungsrecht zur Rückabwicklung des Kaufvertrages verpflichtet. Sein Rücktritt vom Kaufvertrag sei wirksam. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei bei Übergabe mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung behaftet und damit mangelhaft gewesen, was durch den Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes bestätigt werde. Eine Abschaltvorrichtung sei darin zu sehen, dass zu Beginn der Warmlaufphase und bei Unterschreitung einer Außentemperatur von zumindest 14 Grad Celsius sowie ab einer bestimmten Drehzahl der Grad der Abgasrückführung reduziert werde. Dies habe eine erhebliche Erhöhung des Stickoxidausstoßes und eine Überschreitung der diesbezüglichen Grenzwerte zur Folge. Die Abschaltvorrichtung sei zum Schutz der Bauteile des Fahrzeugs einschließlich des Motors nicht erforderlich, zumal die infolge der Abgasrückführung entstehenden Ablagerungen durch die Höhe der Außentemperatur nicht beeinflusst würden. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung sei entbehrlich gewesen: So sei eine Nachbesserung unmöglich, weil das Fahrzeug auch nach dem Aufspielen des Software-Updates mit dem Makel eines vom Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs behaftet bliebe. Zudem sei eine Nacherfüllung für ihn unzumutbar gewesen, weil das Aufspielen des Software-Updates zu erheblichen negativen Folgeerscheinungen führen würde und der Wert des Fahrzeugs auch nach der Umrüstung erheblich beeinträchtigt wäre. Schließlich sei in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Nacherfüllung durch die Beklagte zu 2) durchgeführt worden wäre, die ihn zuvor vorsätzlich und sittenwidrig geschädigt habe. Verjährung sei nicht 10

eingetreten: Die Zurückweisung der Rücktrittserklärung vom 12.02.2019 durch die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 18.02.2019 sei nicht unverzüglich erfolgt, so dass er den Rücktritt in wirksamer Weise innerhalb eines Jahres ab Übergabe und damit rechtzeitig erklärt habe. Zudem sei die Verkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr durch die Verkaufsbedingungen der Beklagten zu 1) wegen Verstoßes gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ohnehin unwirksam. Der anzurechnende Nutzungsersatz sei auf der Grundlage einer voraussichtlichen Gesamtleistung von 300.000 km zu berechnen.

Die Beklagte zu 2) sei als Herstellerin des Fahrzeugs im Wege des Schadensersatzes zur Erstattung des Kaufpreises verpflichtet. Dies ergebe sich aus § 826 BGB. Denn durch das Inverkehrbringen der mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung versehenen Fahrzeuge des hier in Rede stehenden Typs habe die Beklagte zu 2) die betreffenden Fahrzeugkäufer arglistig getäuscht und damit sittenwidrig geschädigt. Es sei davon auszugehen, dass der Vorstand der Beklagten zu 2) Kenntnis von der Verwendung der unzulässigen Abschaltseinrichtung gehabt habe. Wenn er - der Kläger - hiervon gewusst hätte, hätte er das Fahrzeug nicht erworben. Sein Schaden liege im Abschluss des für ihn wirtschaftlich nachteiligen Kaufvertrages. Ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2) ergebe sich ferner aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 und §§ 6, 27 EG-FGV. Außerdem habe die Beklagte zu 2), soweit er Zahlungen erbracht habe, gemäß § 849 BGB Zinsen in Höhe von 4 Prozent zu zahlen. 11

Der Kläger hat ursprünglich beantragt, 12

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 14.662,08 EUR, die Beklagte zu 2) nebst Zinsen in Höhe von 779,28 EUR sowie weiterer Zinsen aus 18.300,56 EUR in Höhe von 4 Prozent pro Jahr seit dem 01.06.2019, zu zahlen und ihn von den aktuell noch bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber der Mercedes-Benz Bank AG aus dem Darlehensvertrag zur Darlehensvertragsnummer N01 in Höhe von derzeit noch 23.767,00 EUR freizustellen, Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs Mercedes-Benz V-Klasse mit der Fahrzeugidentifikationsnummer N02 und Übertragung des ihm gegenüber der Mercedes-Benz Bank AG zustehenden Anwartschaftsrechts auf Übereignung des vorstehend bezeichneten Fahrzeugs, 13

2. festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Annahme des in Ziff. 1 genannten Fahrzeugs seit dem 27.02.2019 in Annahmeverzug befinden, und 14

3. die Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 150,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten sowie ihn von weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.043,65 EUR gegenüber der Z. Partnerschaft von Rechtsanwälten freizustellen. 15

Im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens hat der Kläger den Rechtsstreit hinsichtlich des Klageantrages zu 1. teilweise für erledigt erklärt und den Klageantrag zu 1. auch im Übrigen modifiziert; die Beklagten haben sich der Teilerledigungserklärung nicht angeschlossen. Bezüglich des Klageantrages zu 1. hat der Kläger zuletzt beantragt, 16

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 14.422,33 EUR sowie Zinsen in Höhe von 1.039,68 EUR nebst weiterer Zinsen aus 20.255,36 EUR in Höhe von 4 Prozent pro Jahr seit dem 30.09.2019 zu zahlen und ihn von den aktuell noch bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber der Mercedes-Benz Bank AG aus dem Darlehensvertrag zur Darlehensvertragsnummer N01 in Höhe von derzeit noch 21.812,20 EUR freizustellen, Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs Mercedes-Benz V-Klasse mit der 17

Fahrzeugidentifikationsnummer N02 und Übertragung des ihm gegenüber der Mercedes-Benz Bank AG zustehenden Anwartschaftsrechts auf Übereignung des vorstehend bezeichneten Fahrzeugs.

Die Beklagten haben beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie haben vorgetragen: 20

Der Kläger sei bereits nicht aktivlegitimiert, weil das streitgegenständliche Fahrzeug an die Mercedes-Benz Bank AG sicherungsübereignet sei. Zudem habe das streitgegenständliche Fahrzeug bei Übergabe keine Sachmängel aufgewiesen. Insbesondere sei es nicht mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen gewesen. Das Fahrzeug verfüge über eine wirksame EG-Typgenehmigung und habe vom Kläger stets uneingeschränkt genutzt werden können. Der Kläger könne sich in diesem Zusammenhang auch nicht auf den Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt berufen, zumal die Beklagte zu 2) den betreffenden Bescheid angefochten habe. Das vorhandene Thermofenster stelle schon keine Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 dar. Im Übrigen sei das Thermofenster notwendig, um einer Versottung und damit einer Schädigung des Motors vorzubeugen, so dass es gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig sei. Der Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag sei auch deshalb unwirksam, weil er keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe und ein etwaiger Sachmangel unerheblich sei. Eine Nacherfüllung sei möglich gewesen, weil das Aufspielen des von der Beklagten zu 2) entwickelten Software-Update den vermeintlichen Mangel beseitigen würde, ohne dass negative Folgeerscheinungen eintreten würden, was sich auch aus der Freigabe des Software-Updates durch das Kraftfahrt-Bundesamt ergebe. Falls dem Kläger ein Anspruch auf Rückzahlung bzw. Erstattung des Kaufpreises zustehe, sei ein Nutzungsersatz in Abzug zu bringen, der auf der Grundlage einer voraussichtlichen Gesamtleistung von 250.000 km zu ermitteln sei. 21

Die Beklagte zu 1) hat sich ergänzend auf einen Ausschluss der Gewährleistungsrechte des Klägers nach § 442 Abs. 1 BGB und auf Verjährung berufen. Hinsichtlich der Verjährung hat sie geltend gemacht, dass der Kläger innerhalb der durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ein Jahr verkürzten Verjährungsfrist keine wirksame Rücktrittserklärung abgegeben habe. 22

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 23

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Zur Begründung trägt er vor: 24

Das Landgericht habe die Klage zu Unrecht abgewiesen. Sein Rücktritt vom Kaufvertrag sei wirksam, so dass ihm ein Kaufpreiserstattungsanspruch gegen die Beklagte zu 1) zustehe. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei bei Übergabe mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Gestalt eines Thermofensters versehen gewesen, welches bewirke, dass die Abgasrückführung außerhalb des auf dem Prüfstand herrschenden Temperaturbereichs von 20 bis 30 Grad Celsius und ab einer bestimmten Drehzahl reduziert und schließlich abgeschaltet werde. Das Thermofenster sei nicht zum Schutz des Motors des Fahrzeugs erforderlich. Dies folge schon daraus, dass eine Versottung unabhängig von den jeweiligen Außentemperaturen eintrete und das Thermofenster lediglich bewirken solle, dass auf dem Prüfstand die Stickoxidgrenzwerte eingehalten würden. Im Übrigen ergebe sich aus der aktuellen EuGH-Rechtsprechung, dass der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 25

VO (EG) 715/2007 von vorneherein nicht einschlägig sei, wenn eine Abschaltvorrichtung dem Schutz vor Verschmutzung oder Verschleiß diene. Zudem werde die AdBlue-Zufuhr im SCR-System (zumindest mittelbar) temperaturabhängig gesteuert, weil bei Reduzierung der Abgasrückführung der hieraus resultierende erhöhte Stickoxidausstoß dazu führe, dass das SCR-System in einen anderen Modus schalte (den sog. Online-Modus), bei dem deutlich weniger AdBlue zugeführt werde und sich deshalb der Stickoxidausstoß zusätzlich erhöhe. Eine weitere Abschaltvorrichtung liege in der Verwendung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung. Sie bewirke, dass auf dem Prüfstand die Kühlmittelsolltemperatur von 100 auf 70 Grad Celsius reduziert werde, was zu einer Reduzierung des Stickoxidausstoßes und einer Einhaltung der Stickoxidgrenzwerte führe. Die Programmierung sei so gewählt, dass eine Reduzierung der Kühlmittelsolltemperatur außerhalb des Prüfstandes praktisch nicht vorkomme. Eine Nacherfüllung durch Aufspielen eines Software-Updates sei für ihn unzumutbar gewesen. Zum einen sei sein Vertrauensverhältnis zur Beklagten zu 2) infolge deren arglistiger Täuschung nachhaltig gestört, zum anderen habe er befürchten müssen, dass das Aufspielen des Software-Updates zu negativen Folgeerscheinungen führen werde. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Rücktritt auch nicht wegen Verjährung unwirksam, weil die Beklagte zu 1) die Rücktrittserklärung vom 12.02.2019 nicht unverzüglich zurückgewiesen habe und eine Verkürzung der Verjährungsfrist bei einem Verbrauchsgüterkauf wegen Verstoßes gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ohnehin unwirksam sei.

Außerdem stünden ihm deliktische Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu 2) zu. Ein Schadensersatzanspruch ergebe sich insbesondere aus § 826 BGB. Ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2) liege darin, dass sie die betreffenden Fahrzeuge mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehen und anschließend in den Verkehr gebracht habe, ohne die Fahrzeugkäufer hierüber aufzuklären. Zudem habe die Beklagte zu 2) im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens notwendige Angaben zu den Abschaltvorrichtungen unterlassen und damit das Kraftfahrt-Bundesamt getäuscht. Hinsichtlich der Kenntnis ihres Vorstandes von den maßgeblichen Umständen und etwaiger interner Überlegungen zur Zulässigkeit der Abschaltvorrichtungen treffe die Beklagte zu 2) eine subjektive Darlegungslast, der sie nicht nachgekommen sei. Weiterhin ergebe sich ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 2) aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 und 5 VO (EG) 715/2007. 26

Der Kläger hat mit der Berufung zunächst seine erstinstanzlichen Klageanträge weiter verfolgt. Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat er den Rechtsstreit bezüglich des Klageantrages zu 1. teilweise für erledigt erklärt und den Klageantrag zu 1. auch im Übrigen modifiziert; die Beklagten haben sich der Teilerledigungserklärung nicht angeschlossen. 27

Der Kläger beantragt nunmehr, 28

I. unter Abänderung des am 21.10.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Essen (Az. 16 O 136/19) 29

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn 30.780,96 EUR sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 27.02.2019 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Mercedes-Benz V-Klasse mit der Fahrzeugidentifikationsnummer N02, 30

2. festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Annahme des in Ziff. 1 genannten Fahrzeugs seit dem 27.02.2019 in Annahmeverzug befinden, und 31

3.	die Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 150,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten sowie ihn von weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.043,65 EUR gegenüber der Z. Partnerschaft von Rechtsanwälten freizustellen,	
II.	hilfsweise das Urteil des Landgerichts Essen vom 21.10.2019 (Az. 16 O 136/19) aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Essen zurückzuverweisen.	33
	Die Beklagten beantragen,	34
	die Berufung zurückzuweisen.	35
	Sie verteidigen das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen.	36
	Die Beklagte zu 1) macht ergänzend geltend, dass bei der Frage, ob die Zurückweisung der Rücktrittserklärung des Klägers vom 12.02.2019 unverzüglich i.S.v. § 174 S. 1 BGB erfolgt sei, auch der erhebliche Umfang des Rücktrittsschreibens zu berücksichtigen sei.	37
	Die Beklagte zu 2) trägt ergänzend vor:	38
	Der Kläger sei nicht aktivlegitimiert, weil etwaige Ansprüche gegen die Beklagten ausweislich der Darlehensbedingungen der Mercedes-Benz Bank AG an diese abgetreten worden seien. Entgegen der Auffassung des Klägers stelle das in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Thermofenster zudem keine unzulässige Abschalteneinrichtung dar. Die Höhe der Außenlufttemperatur habe erheblichen Einfluss auf das Verlackungs- und Versottungsrisiko innerhalb des AGR-Kühlers, weshalb eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung zum Zwecke des Motorschutzes notwendig sei. Im Übrigen werde die Abgasrückführung bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug erst bei Unterschreitung einer Außentemperatur von + 10 Grad Celsius schrittweise reduziert und erst außerhalb eines Temperaturbereichs von - 15 bis + 60 Grad Celsius vollständig deaktiviert. Außerdem habe sie – die Beklagte zu 2) – die Verwendung des Thermofensters gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt im Typgenehmigungsverfahren in dem erforderlichen Umfang offenbart, ohne dass das Kraftfahrt-Bundesamt weitere Angaben verlangt oder Beanstandungen vorgenommen habe. Der Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt sei bezüglich der Fahrzeuge des hier in Rede stehenden Typs auch nicht wegen des Thermofensters ergangen. Entgegen der Darstellung des Klägers werde die AdBlue-Zufuhr im SCR-System außerdem nicht in Abhängigkeit von der Außentemperatur gesteuert. Vielmehr erfolge eine Steuerung nach diversen unterschiedlichen Parametern. Das SCR-System enthalte zwei Dosiermodi, den Füllstands- und den Online-Modus. Der Wechsel zwischen den beiden Modi richte sich nach verschiedenen Parametern und diene der Vermeidung des sog. Ammoniakschlupfes. Keiner der beiden Modi könne als der „saubere“ bezeichnet werden; ein Wechsel zwischen den beiden Modi verringere die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nicht. Eine wie auch immer geartete Prüfstandserkennung finde insoweit nicht statt. Dies gelte auch für die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung. Diese Regelung bezwecke, die Emissionen im Warmlauf gering zu halten, und sei auch im Straßenbetrieb in erheblichem Umfang während der Warmlaufphase aktiv, ohne dass eine Differenzierung zwischen Prüfstands- und Straßenbetrieb stattdfinde. Im Übrigen ergebe sich aus der Tatbestandswirkung der fortbestehenden EG-Typgenehmigung, dass sich das streitgegenständliche Fahrzeug in einem rechtmäßigen Zustand befinde. Jedenfalls scheide ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2) deshalb aus, weil sie in vertretbarer Weise von der Rechtskonformität des streitgegenständlichen Fahrzeugs ausgegangen sei.	39

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	40
II.	41
Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.	42
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.	43
<u>1. Klageantrag zu 1.</u>	44
Die Modifizierung des Klageantrages zu 1. in der Berufungsinstanz, die insbesondere beinhaltet, dass der Kläger nur noch Zahlung und nicht mehr Freistellung von seinen restlichen Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Mercedes-Benz Bank AG verlangt, ist gemäß §§ 533, 264 Nr. 2 und 3 ZPO zulässig.	45
Der Klageantrag zu 1. ist jedoch unbegründet, weil dem Kläger der zuletzt geltend gemachte Zahlungsanspruch gegen beide Beklagten in Höhe von 30.780,96 EUR unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zusteht.	46
a) Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 2)	47
aa) Vertragliche Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte zu 2) scheiden aus, weil die Beklagte zu 2) nicht Partei des Kaufvertrages war.	48
bb) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kommt nicht in Betracht. Insoweit kann dahinstehen, ob die von der Beklagten zu 2) für das streitgegenständliche Fahrzeug ausgestellte EG-Übereinstimmungsbescheinigung inhaltlich unrichtig und deshalb ungültig ist. Denn das hier in Rede stehende Interesse des Klägers, nicht zum Abschluss eines ungewollten Kaufvertrages veranlasst zu werden, ist vom Schutzzweck der Vorschriften der §§ 6, 27 EG-FGV nicht umfasst. Diese Normen sollen zwar möglicherweise das Interesse der Käufer von Neuwagen an der (zügigen) Erstzulassung und das Interesse der Käufer von Gebrauchtwagen an einem Fortbestand der Betriebserlaubnis schützen. Sie bezwecken aber nicht den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und insbesondere des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der Käufer (BGH Urteile vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19, und vom 30.07.2020, Az. VI ZR 5/20).	49
cc) Auch ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB ist nicht gegeben. Denn es fehlt jedenfalls an der für den Betrugstatbestand erforderlichen Stoffgleichheit zwischen dem Schaden des Klägers und den von der Beklagten zu 2) erstrebten Vermögensvorteilen. Der durch den vermeintlichen Betrug entstandene Schaden des Fahrzeugkäufers liegt in der Differenz zwischen dem Wert des Fahrzeugs und dem gezahlten Kaufpreis (BGH Urteil vom 30.07.2020, Az. VI ZR 5/20). Die Beklagte zu 2) als Fahrzeugherstellerin hatte nicht die Absicht, die jeweiligen Gebrauchtwagenverkäufer um den den Fahrzeugwert übersteigenden Kaufpreisanteil zu bereichern (vgl. BGH aaO.). Nur hierin läge ein stoffgleicher Vermögensvorteil zu dem vom Kläger durch den vermeintlichen Betrug nach § 263 StGB erlittenen Vermögensschaden (vgl. BGH aaO.).	50
dd) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 und 5 VO (EG) 715/2007 scheidet ebenfalls aus. Denn das hier in Rede stehende Interesse des Klägers, nicht zum Abschluss eines ungewollten Kaufvertrages veranlasst zu werden, ist nicht vom Schutzzweck der Vorschriften der VO (EG) 715/2007 umfasst (BGH Urteil vom	51

30.07.2020, Az. VI ZR 5/20; OLG Bremen Beschluss vom 14.10.2020, Az. 1 U 4/20; OLG Frankfurt Urteil vom 09.10.2020, Az. 10 U 261/19). Dies folgt daraus, dass diese Verordnung nicht dem Schutz des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des einzelnen Fahrzeugwerbers dient (BGH aaO.).

ee) Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB besteht nicht. 52

Insoweit kann dahinstehen, ob der Kläger aktivlegitimiert ist. Denn die Voraussetzungen des § 826 BGB liegen nicht vor. Es fehlt an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten zu 2) gegenüber dem Kläger. 53

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Hierfür reicht es regelmäßig nicht aus, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzukommen, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19; NJW 2019, 2164 ff.; ZIP 2016, 2023 ff.). Im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung sind die Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden zu berücksichtigen (BGH aaO.). Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19; ZIP 2016, 2023 ff.). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen ist erforderlich, dass der Handelnde gerade auch demjenigen gegenüber sittenwidrig gehandelt hat, der den Anspruch aus § 826 BGB geltend macht (BGH Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19; NJW 2019, 2164 ff.). 54

Anknüpfungspunkt für ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2) gegenüber dem Kläger kann nur sein, dass sie das streitgegenständliche Fahrzeug in den Verkehr gebracht hat, obwohl dieses mit einem Sachmangel behaftet war. Ein Sachmangel kommt hier wiederum nur unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass in dem Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 verbaut war. 55

(1) Die Verwendung des Thermofensters kann ein sittenwidriges Handeln der Beklagten zu 2) nicht begründen. 56

Das vorhandene Thermofenster bewirkt, dass die Abgasrückführung bei kühleren und besonders hohen Temperaturen reduziert und schließlich abgeschaltet wird mit der Folge eines höheren Stickoxidausstoßes. Streitig ist zwischen den Parteien, ab welchen Außentemperaturen eine Reduzierung und Abschaltung der Abgasrückführung erfolgt. Der Kläger hat zunächst behauptet, eine Reduzierung der Abgasrückführung erfolge bei Unterschreitung einer Außentemperatur von 14 Grad Celsius. Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat er seinen Sachvortrag dahin modifiziert, dass die Abgasrückführung lediglich in dem auf dem Prüfstand herrschenden Temperaturbereich von 20 bis 30 Grad Celsius in vollem Umfang aktiv sei und außerhalb dieses Temperaturbereichs reduziert und schließlich abgeschaltet werde. Die Beklagte zu 2) hat erstinstanzlich zur konkreten Bedeutung des Thermofensters keine Angaben gemacht; in der Berufungsinstanz hat sie vorgetragen, dass die Abgasrückführung bei Unterschreitung einer Außentemperatur von + 10 Grad Celsius schrittweise reduziert und außerhalb eines Temperaturbereichs von - 15 bis + 60 Grad Celsius vollständig deaktiviert werde. 57

Unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 (Az. C-693/18) kommt zwar in Betracht, dass es sich bei dem Thermofenster selbst auf Grundlage des Sachvortrages der Beklagten zu 2) um eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 5 58

Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 handelt. Dies kann aber dahinstehen. Denn in der Verwendung des Thermofensters kann jedenfalls kein sittenwidriges Verhalten der Beklagten gesehen werden.

Wie der BGH zwischenzeitlich mehrfach entschieden hat (vgl. Urteil vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/20; Beschlüsse vom 09.03.2021, Az. VI ZR 889/20, und vom 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19), ist ein Thermofenster mit der Umschaltlogik der VW-Motoren der Baureihe EA 189 nicht vergleichbar, weil es im Grundsatz auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb in gleicher Weise arbeitet. Daher müssen zur objektiven Unzulässigkeit des Thermofensters weitere Umstände hinzutreten, um die Verwendung des Thermofensters als sittenwidrig ansehen zu können (BGH aaO.). 59

Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt danach jedenfalls voraus, dass die auf Seiten der Beklagten zu 2) handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung des Thermofensters in dem Bewusstsein gehandelt haben, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den hierin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen haben (vgl. BGH aaO.). Dies kann nicht zugunsten des Klägers festgestellt werden. 60

Ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf Seiten der Beklagten zu 2) ergibt sich nicht daraus, dass die Bedatung des Thermofensters an Prüfstandsbedingungen, insbesondere an dem dort herrschenden Temperaturbereich von 20 bis 30 Grad Celsius, ausgerichtet ist. Für eine solche Prüfstandsausrichtung genügt es nicht, dass die Abgasrückführung nach der ursprünglichen Darstellung des Klägers bei Unterschreitung einer Außentemperatur von 14 Grad Celsius reduziert wird (vgl. auch BGH Urteil vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/20, und Beschluss vom 09.03.2021, Az. VI ZR 889/20, zu einer Reduzierung der Abgasrückführung bei Unterschreitung einer Temperatur von 17 Grad Celsius bzw. 15 Grad Celsius). Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz erstmals vorgetragen hat, dass die Abgasrückführung bereits außerhalb des auf dem Prüfstand herrschenden Temperaturbereichs von 20 bis 30 Grad Celsius reduziert werde, ist er mit diesem Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, weil nicht ersichtlich ist, dass der Kläger gehindert war, dies bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens vorzutragen. Im Übrigen ist das diesbezügliche Vorbringen des Klägers willkürlich ins Blaue hinein erfolgt und damit auch aus diesem Grund prozessual unbeachtlich, weil es an jeglichen Anhaltspunkten für eine solche Bedatung des Thermofensters fehlt (vgl. BGH ZIP 2020, 486 ff.). Soweit sich der Kläger in diesem Zusammenhang darauf berufen hat, dass nach Messungen der J. die Stickoxidemissionen bei warmem Motor deutlich höher seien als bei kaltem Motor und die Grenzwerte überstiegen, rechtfertigt dies nicht die Annahme, dass das Thermofenster in der vom Kläger behaupteten Weise auf den Temperaturbereich des Prüfstands ausgerichtet ist. 61

Soweit der Kläger geltend gemacht hat, dass die Höhe der Außentemperaturen keinen unmittelbaren Einfluss auf das Entstehen von Ablagerungen habe und das Thermofenster lediglich bewirken solle, dass auf dem Prüfstand die Stickoxidgrenzwerte eingehalten würden, handelt es sich ebenfalls um willkürliches und damit prozessual unbeachtliches Vorbringen. Die Beklagte zu 2) ist der Behauptung des Klägers substantiiert entgegengetreten und hat im Einzelnen dargelegt, dass und weshalb die Abgasrückführung bei niedrigen und besonders hohen Außentemperaturen Versottungsrisiken verursache. Für die Richtigkeit des klägerischen Vorbringens fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten. Den vom Kläger in diesem Zusammenhang zitierten Auszügen aus wissenschaftlichen Arbeiten lässt sich die Richtigkeit seiner Behauptung nicht entnehmen. Sonstige Anhaltspunkte hat der Kläger für seine Behauptung nicht angegeben. Zudem ist senatsbekannt, dass etwa im Bericht der „Untersuchungskommission Volkswagen“ aus April 2016 die grundsätzliche Notwendigkeit 62

einer Reduzierung der Abgasrückführung bei kühleren Außentemperaturen aus Gründen des Motorschutzes als allgemein anerkannt bezeichnet wurde. Ebenso ist senatsbekannt, dass die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung in Dieselfahrzeugen in der Vergangenheit weit verbreitet war und vom Kraftfahrt-Bundesamt regelmäßig nicht beanstandet wurde.

Dahinstehen kann, ob der Motorschutz entsprechend der Darstellung des Klägers technisch auch auf anderem Wege als durch das Thermofenster hätte erreicht werden können. Denn selbst wenn man dies zugunsten des Klägers zugrunde legt, würde dies nicht die Annahme rechtfertigen, dass der Beklagten zu 2) bei Inverkehrbringen des Fahrzeugs bewusst war, dass der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) 715/2007 nicht einschlägig ist und das Thermofenster eine unzulässige Abschalteneinrichtung darstellt. Denn der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) 715/2007 konnte - jedenfalls bis zum Erlass der EuGH-Entscheidung vom 17.12.2020 (s.o.) - bei weiter Auslegung auch dahin verstanden werden, dass ein Thermofenster selbst dann zulässig ist, wenn es dem Eintritt von Motorschäden durch Verschleißerscheinungen vorbeugen soll und andere technische Möglichkeiten zum Schutz des Motors zur Verfügung gestanden hätten.

63

Das erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf Seiten der Beklagten zu 2) ergibt sich schließlich auch nicht aus einer Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens. Der Kläger hat die Darstellung der Beklagten zu 2), wonach sie im Typgenehmigungsverfahren die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung im Grundsatz offengelegt habe, mit Schriftsatz vom 18.08.2021 in tatsächlicher Hinsicht bestätigt. Entgegen der Auffassung des Klägers konnte die Angabe der Beklagten zu 2) im Typgenehmigungsverfahren, dass sich die Abgasrückführung nach der Lufttemperatur richte, vom Kraftfahrt-Bundesamt nur dahin verstanden werden, dass hiermit die Außenlufttemperatur gemeint war. Selbst wenn man dies anders sieht, ließe dies nicht den Rückschluss auf einen Täuschungswillen der Beklagten zu 2) zu. Soweit der Kläger im Berufungsverfahren außerdem geltend gemacht hat, dass die Beklagte zu 2) im Typgenehmigungsverfahren bestimmte Detailangaben zum Thermofenster unterlassen habe, ist er mit diesem Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert. Denn erstinstanzlich hat sich der Kläger lediglich pauschal auf ein „Erschleichen“ der EG-Typgenehmigung berufen, ohne darzulegen, worin dieses Erschleichen zu sehen ist. Im Übrigen ließe das Fehlen einzelner Detailangaben wiederum nicht den Rückschluss auf einen Täuschungswillen der Beklagten zu 2) im Typgenehmigungsverfahren zu, zumal das Kraftfahrt-Bundesamt die Angaben der Beklagten zu 2) offenbar für ausreichend erachtet hat. Gegen einen Täuschungswillen der Beklagten zu 2) spricht auch, dass das Kraftfahrt-Bundesamt die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung in der Vergangenheit für grundsätzlich zulässig erachtet und regelmäßig nicht beanstandet hat. Vor diesem Hintergrund bestand für ein Verheimlichen der näheren Ausgestaltung des Thermofensters im Typgenehmigungsverfahren durch die Beklagte zu 2) kein Anlass. Dass die Beklagte zu 2) unrichtige Angaben gemacht hat, hat der Kläger nicht behauptet.

64

(2) Soweit der Kläger eine Abschalteneinrichtung darauf gestützt hat, dass „zu Beginn der Warmlaufphase“ und „ab einer bestimmten Drehzahl“ der Grad der Abgasrückführung reduziert und die Zufuhr von AdBlue vermindert werde, war dieses pauschale Vorbringen für die schlüssige Darlegung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung unzureichend.

65

(3) Auch in der Verwendung des SCR-Systems kann ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2) nicht gesehen werden.

66

67

Dahinstehen kann wiederum, ob in der Konstruktion des SCR-Systems objektiv eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu sehen ist. Denn auch insoweit kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte zu 2) vorsätzlich rechtswidrig gehandelt hat. Zwar enthält das SCR-System nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren zwei unterschiedliche Dosiermodi, nämlich den Füllstands- und den Online-Modus. Jedoch ist nicht ersichtlich, dass sich die Aktivierung der beiden Modi danach richtet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb befindet; dies hat auch der Kläger nicht geltend gemacht. Die Beklagte zu 2) hat vielmehr dargelegt, dass sich der Wechsel zwischen den beiden Modi nach unterschiedlichen Parametern richte, ohne dass einer der beiden Modi grundsätzlich „sauberer“ sei als der andere. Zudem hat die Beklagte zu 2) vorgetragen, dass die Aktivierung der beiden unterschiedlichen Modi bzw. der Wechsel zwischen den Modi der Vermeidung des sog. Ammoniakschlupfes diene. Letzteres entspricht dem eigenen Vortrag des Klägers. Soweit dieser sich in diesem Zusammenhang darauf berufen hat, dass bei der Entwicklung der Fahrzeuge des hier in Rede stehenden Typs andere technische Möglichkeiten vorhanden gewesen wären, um den Ammoniakschlupf zu vermeiden, genügt dies nicht für die Annahme eines vorsätzlich rechtswidrigen Verhaltens der Beklagten zu 2). Gleiches gilt für den Umstand, dass nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten zu 2) im Berufungsverfahren das Kraftfahrt-Bundesamt die Konstruktion des SCR-Systems bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeugtyp unter dem Gesichtspunkt beanstandet hat, dass die betreffenden Fahrzeuge während der Fahrt nicht vom Online- in den Füllstands-Modus zurückschalten könnten, und dies zum Anlass für den Rückruf genommen hat. Denn dies lässt nicht den Rückschluss darauf zu, dass die Beklagte zu 2) im Zeitpunkt des Inverkehrbringens der Fahrzeuge von der Rechtswidrigkeit der Konstruktion des SCR-Systems ausgegangen ist. Hiergegen spricht vielmehr, dass die Aktivierung der beiden Dosiermodi bzw. der Wechsel zwischen den Modi unstreitig der Vermeidung von Ammoniakschlupf dient und sich nicht auf Grundlage einer wie auch immer gearteten Prüfstandserkennung danach richtet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb befindet.

(4) Schließlich kann auch die Verwendung der sog. Kühlmittelsolltemperatur-Regelung den Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten zu 2) nicht rechtfertigen. 68

Das gesamte Vorbringen des Klägers zur Verwendung und Ausgestaltung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung ist erstmals in der Berufungsinstanz erfolgt. Zwar ist die Verwendung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug für sich genommen ebenso unstreitig wie der Umstand, dass die Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur von 100 auf 70 Grad Celsius eine Reduzierung des Stickoxidausstoßes bewirkt, so dass insoweit kein Raum für eine Präklusion nach § 531 Abs. 2 ZPO ist. Die nähere Ausgestaltung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung ist hingegen zwischen den Parteien streitig, so dass das diesbezügliche Vorbringen des Klägers gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert ist. 69

Der Kläger hat vorgetragen, dass die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung bewusst so bedatet sei, dass sie praktisch ausschließlich im Prüfstandsbetrieb wirksam sei. Dem ist die Beklagte zu 2) entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, dass die Regelung nur in der Warmlaufphase aktiv sei und mit dieser Maßgabe auch im Straßenbetrieb in erheblichem Umfang wirksam sei. Bei warmem Motor und im hohen Drehzahl- und Lastenbereich hätte die Reduzierung der Kühlmittelsolltemperatur keinen relevanten Effekt und sei daher unter diesen Bedingungen nicht aktiv. Zudem würde eine dauerhafte Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur die Ölverdünnung erhöhen, was zu einem erhöhten Verschleiß der mechanischen Motorkomponenten führen würde und einen Motordefekt verursachen könne. Schließlich sei 70

bei der Ausgestaltung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung das Risiko von Ablagerungen insbesondere bei kalten Umgebungstemperaturen zu berücksichtigen, das sich aus einer erhöhten Abgasrückführung infolge der Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur ergebe. Auf Grundlage dieses Sachvortrages der Beklagten zu 2) kann die Verwendung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung jedenfalls nicht als eindeutig unzulässig angesehen werden, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Beklagte zu 2) mit dem erforderlichen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt hat. Denn legt man das Vorbringen der Beklagten zu 2) zugrunde, ist die Ausgestaltung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung weder auf Prüfstandsbedingungen ausgerichtet noch beruht sie auf sachfremden Erwägungen (Einhaltung der Stickoxidgrenzwerte auf dem Prüfstand). Zudem war auf Grundlage des Vorbringens der Beklagten zu 2) die Annahme, dass die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) 715/2007 vorliegen, im Zeitpunkt des Inverkehrbringens der Fahrzeuge des hier in Rede stehenden Typs zumindest vertretbar.

Den Beweisanträgen des Klägers zur Ausgestaltung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung war nicht nachzukommen, weil das streitige Vorbringen des Klägers hierzu präkludiert ist. 71
Einen Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 ZPO hat der Kläger nicht dargetan. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Kläger nicht bereits erstinstanzlich zur Kühlmittelsolltemperatur-Regelung hätte vortragen können (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO). Zwar hat sich der Kläger für die Richtigkeit seines Vorbringens teilweise auf Vorgänge während des hiesigen Berufungsverfahrens berufen, etwa auf Mitteilungen des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 20.05.2020 und 23.02.2021 in Parallelverfahren sowie auf ein Gutachten des Sachverständigen X. vom 23.06.2021. Er hat jedoch schon nicht geltend gemacht, dass ihm erst hierdurch die Ausgestaltung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung bekannt geworden sei. Zudem hat das Kraftfahrt-Bundesamt nach dem eigenen Sachvortrag des Klägers bereits mit Bescheid vom 21.06.2019 (und damit während des hiesigen erstinstanzlichen Verfahrens) den ersten Rückruf eines Fahrzeugmodells der Beklagten zu 2) wegen der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung angeordnet. Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, dass der Kläger seinen Sachvortrag zur Ausgestaltung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung nicht bereits erstinstanzlich hätte erbringen können, zumal senatsbekannt ist, dass die klägerischen Prozessbevollmächtigten eine Vielzahl von Fahrzeugkäufern in gleichgelagerten Verfahren vertreten.

Andere Umstände, die ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 2) gegenüber dem 72
Kläger begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

b) Zahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 1) 73

Dem Kläger steht auch kein Kaufpreistrückzahlungsanspruch gegen die Beklagte zu 1) zu. 74

aa) Ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB scheidet aus. Denn 75
zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) ist ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen, so dass der Kläger den Kaufpreis mit Rechtsgrund gezahlt hat.

Insbesondere ist der Kaufvertrag nicht gemäß § 134 BGB wegen eines vermeintlichen 76
Verstoßes gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV nichtig. Insoweit kann dahinstehen, ob bei Abschluss des Kaufvertrages eine gültige EG-Übereinstimmungsbescheinigung i.S.v. § 27 Abs. 1 EG-FGV für das Streitgegenständliche Fahrzeug vorgelegen hat. Denn ein Verstoß gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV hat nicht gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit des Kaufvertrages über das betreffende Fahrzeug zur Folge. Dies ergibt sich daraus, dass sich die Vorschrift des § 27 Abs. 1 EG-FGV einseitig an den Verkäufer des Fahrzeugs wendet und der Zweck der Vorschrift eine Sanktionierung in Form der Unwirksamkeit des Kaufvertrages nicht erfordert

(vgl. Senat Urteile vom 23.07.2020, Az. 28 U 88/19, und vom 02.05.2019, Az. 28 U 101/18, OLG Schleswig Urteil vom 20.11.2019, Az. 9 U 12/19; OLG Karlsruhe Urteil vom 18.07.2019, Az. 17 U 160/18; OLG Stuttgart Urteil vom 01.08.2018, Az. 12 U 179/17; OLG Hamburg Urteil vom 21.12.2018, Az. 11 U 55/18).

bb) Ein Kaufpreistrückzahlungsanspruch des Klägers ergibt sich auch nicht aus §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB. 77

Der Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag ist unwirksam. Dahinstehen kann in diesem Zusammenhang, ob in der Verwendung des Thermofensters, des SCR-Systems und/oder der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung eine unzulässige Abschalteneinrichtung und damit ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zu sehen sind. Denn das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Unwirksamkeit des Rücktritts aus dem Fehlen der gemäß § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung ergibt. 78

Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung war vorliegend nicht ausnahmsweise entbehrlich. 79

(1) Eine Nacherfüllung ist nicht gemäß § 326 Abs. 5 BGB unmöglich. 80

Zwar kommt eine Nacherfüllung durch Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) vorliegend nicht in Betracht. Bei einem Gebrauchtwagenkauf wie hier ist eine Nachlieferung regelmäßig nicht möglich (vgl. BGH NJW 2008, 1517 ff.). Umstände, die einen Ausnahmefall begründen könnten, sind weder ersichtlich noch von der Beklagten zu 1) dargelegt worden. 81

Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, dass auch eine Nachbesserung als weitere Variante der Nacherfüllung unmöglich ist. 82

(a) Das von der Beklagten zu 2) für Fahrzeuge des hier in Rede stehenden Typs entwickelte Software-Update stand im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung zur Verfügung und war vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegeben. Der Kläger hat zwar pauschal behauptet, dass sich aus dem Aufspielen des Software-Updates Folgeschäden wie ein erhöhter Kraftstoffverbrauch, eine geringere Motorleistung und ein erhöhter Kohlendioxidausstoß ergäben. Dies reicht zur Darlegung einer Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung aber nicht aus, zumal eine Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung auf die vermeintlichen negativen Folgeerscheinungen nur dann gestützt werden könnte, wenn diese ihrerseits einen Sachmangel des Fahrzeugs begründen würden. Letzteres lässt sich dem Sachvortrag des Klägers nicht entnehmen. 83

(b) Zwar kann sich eine Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung auch daraus ergeben, dass im Falle einer Nachbesserung eine relevante Wertminderung verbliebe (vgl. BGH NJW 2013, 1074 ff.; Reinking/Eggert, Autokauf, 14. Auflage 2020, Rn. 936). Hierzu fehlt es aber ebenfalls an hinreichendem Sachvortrag des Klägers, der eine solche Wertminderung in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug lediglich erstinstanzlich pauschal behauptet, aber nicht näher dargetan hat. Insbesondere lässt sich dem Sachvortrag des Klägers auch der Umfang der Wertminderung nicht entnehmen. 84

(c) Der Umstand, dass das Fahrzeug nach der Umrüstung mit dem Makel eines vom Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs behaftet bliebe, führt entgegen der Auffassung des Klägers ebenfalls nicht zur Unmöglichkeit der Nachbesserung. Denn dieser vermeintliche Makel des Fahrzeugs begründet keinen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. 85

(2) Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung war auch nicht gemäß § 440 S. 1 3. Alt. BGB wegen Unzumutbarkeit entbehrlich.

Die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung ist grundsätzlich allein aus der Perspektive des Käufers zu bestimmen; eine Interessenabwägung wie bei § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB findet nicht statt (Staudinger - Matusche-Beckmann, BGB, Neubearbeitung 2013, § 440 Rn. 24). Maßgeblich für die Unzumutbarkeit ist die Sachlage im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bzw. der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs (BGH NJW 2017, 1666 ff.). 87

(a) Die bloße Befürchtung negativer Folgeerscheinungen nach Aufspielen der Software-Updates kann eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung nicht begründen. Dies gilt auch deshalb, weil das Kraftfahrt-Bundesamt das von der Beklagten zu 2) entwickelte Software-Update genehmigt hat. 88

(b) Die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung kann der Kläger auch nicht auf eine Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zu den Beklagten stützen. 89

Eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung wird regelmäßig angenommen im Falle einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer, die insbesondere aus einer arglistigen Täuschung des Verkäufers resultieren kann (vgl. BGH NJW 2015, 1669 ff.; Staudinger – Matusche-Beckmann, BGB, § 440 Rn. 25). Eine arglistige Täuschung des Klägers durch die Beklagte zu 1) ist indes nicht erfolgt. Dass die Beklagte zu 1) bei Abschluss des Kaufvertrages Kenntnis vom Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung hatte, hat der Kläger nicht behauptet. Der Beklagten zu 1) kann eine Kenntnis der Beklagten zu 2) auch nicht gemäß § 166 BGB oder § 278 BGB zugerechnet werden. 90

Im Ansatz zu Recht macht der Kläger zwar geltend, dass es für die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung nicht primär auf die Vertrauensbeziehung zwischen ihm und der Beklagten zu 1), sondern auf das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 2) ankomme. Dies folgt daraus, dass die Beklagte zu 2) das Software-Update für das hier in Rede stehende Fahrzeugmodell entwickelt hat und somit die Nachbesserung durch Umrüstung des klägerischen Fahrzeugs maßgeblich gesteuert hätte. Allerdings kann nicht angenommen werden, dass die Vertrauensbeziehung zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) im Rücktrittszeitpunkt in einem solchen Maße beeinträchtigt war, dass die Durchführung der Nachbesserung für den Kläger deshalb unzumutbar war. Zwar beruht die Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtungen (deren Vorhandensein hier unterstellt) auf der Entscheidung der Beklagten zu 2) im Produktionsprozess, die Motoren der Fahrzeuge des hier in Rede stehenden Typs mit den unzulässigen Abschalteinrichtungen auszustatten. Der Kläger musste im Rücktrittszeitpunkt auch davon ausgehen, dass diese Entscheidung zumindest mit Billigung des Vorstandes der Beklagten zu 2) oder eines ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S.v. § 31 BGB erfolgt ist. Dies genügt aber für eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung nicht. Hinzukommen muss, dass das Verhalten der Beklagten zu 2) einer arglistigen Täuschung der Fahrzeugkäufer - und damit auch des Klägers - gleichkommt, was voraussetzt, dass die Beklagte zu 2) beim Inverkehrbringen der betreffenden Fahrzeuge von der Rechtswidrigkeit ihres Handelns ausgegangen ist oder diese zumindest billigend in Kauf genommen hat. Eine solche innere Haltung der Beklagte zu 2) kann zugunsten des Klägers nicht festgestellt werden. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Haftung der Beklagten zu 2) Bezug genommen werden, die hier sinngemäß gelten. Es fehlen auch konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger im Rücktrittszeitpunkt zumindest davon ausgehen musste, dass die Beklagte zu 2) vorsätzlich rechtswidrig gehandelt hat. 91

(3) Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung war auch nicht gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen ernsthafter und endgültiger Nacherfüllungsverweigerung der Beklagten zu 1) entbehrlich.

Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass eine Nacherfüllungsverweigerung der Beklagten zu 1) vor der ersten Rücktrittserklärung des Klägers mit Anwaltsschreiben vom 12.02.2019 von vorneherein ausscheidet, weil bis zu diesem Zeitpunkt keine Kommunikation zwischen den Parteien in Bezug auf eine etwaige Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs erfolgt ist. Eine weitere Rücktrittserklärung des Klägers vor Ablauf der durch Ziff. VI 1. der Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten zu 1) auf ein Jahr verkürzten Verjährungsfrist ist nicht erfolgt. Die Rücktrittserklärungen des Klägers im Rahmen des hiesigen Rechtsstreits, etwa mit Schriftsätzen vom 16.09.2019 und 17.12.2019, sind sämtlich erst nach Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist erfolgt und waren schon aus diesem Grund gemäß § 218 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, ohne dass es darauf ankommt, ob die Beklagte zu 1) durch ihren Sachvortrag im hiesigen Rechtsstreit, insbesondere durch das Bestreiten von Mängeln, konkludent die Nacherfüllung verweigert hat. Gegen die Wirksamkeit der Regelung über die Verkürzung der Verjährungsfrist in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zu 1) bestehen keine Bedenken. Wie der BGH kürzlich durch Urteil vom 18.11.2020 (Az. VIII ZR 78/20) entschieden hat, ist eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, die für einen Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine gebrauchte Sache die Verjährungsfrist auf ein Jahr verkürzt, trotz Verstoßes der Vorschrift des § 476 Abs. 2 letzter HS BGB gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wirksam. Dass die Beklagte zu 1) arglistig gehandelt hat (was zur Folge hätte, dass gemäß § 438 Abs. 3 BGB die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist gelten würde), hat der Kläger nicht dargetan, auch wenn er sich erstinstanzlich pauschal darauf berufen hat, dass gemäß § 438 Abs. 3 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist einschlägig sei. Wie bereits dargelegt, können der Beklagten zu 1) auch die Kenntnisse der Beklagten zu 2) nicht zugerechnet werden.

Sonstige Umstände, aus denen sich die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung ergeben könnte, sind weder ersichtlich noch vom Kläger dargetan.

Ob mit dem Landgericht davon auszugehen ist, dass es bereits an einer ordnungsgemäßen Rücktrittserklärung vor Verjährungseintritt fehlt, weil die Beklagte zu 1) die Rücktrittserklärung des Klägers vom 12.02.2019 unverzüglich i.S.v. § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen hat, kann bei dieser Sachlage dahinstehen.

2. Teil-Erledigungsantrag 96

Da die Klage hinsichtlich beider Beklagten von vorneherein unbegründet war, kann zugunsten des Klägers auf dessen Teil-Erledigungserklärung nicht die teilweise Erledigung des Rechtsstreits in Bezug auf den Klageantrag zu 1. festgestellt werden.

3. Klageantrag zu 2. 98

Der zulässige Klageantrag zu 2. ist ebenfalls unbegründet. Die Beklagte zu 1) befindet sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs nicht in Annahmeverzug, weil der Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag unwirksam ist. Auch die Beklagte zu 2) befindet sich nicht in Annahmeverzug mit der Rücknahme des Fahrzeugs, weil sie nicht zum Schadensersatz gegenüber dem Kläger verpflichtet ist.

4. Klageantrag zu 3. 100

101

Mangels Bestehens der mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Zahlungsansprüche kann der Kläger von den Beklagten auch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten bzw. Freistellung von dem Vergütungsanspruch seiner Prozessbevollmächtigten verlangen.

<u>5. Hilfsantrag</u>	102
Für die vom Kläger hilfsweise beantragte Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht ist kein Raum, weil es an einem Zurückverweisungsgrund nach § 538 Abs. 2 ZPO fehlt.	103
III.	104
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	105
Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	106