

**Titel:**

**Schadensersatzklage, Abschaltvorrichtung, Thermofenster, Sittenwidrigkeit, Schädigungsvorsatz, Realbetriebmessungen, Berufungszurückweisung**

**Schlagworte:**

Schadensersatzklage, Abschaltvorrichtung, Thermofenster, Sittenwidrigkeit, Schädigungsvorsatz, Realbetriebmessungen, Berufungszurückweisung

**Vorinstanz:**

LG Bamberg, Endurteil vom 09.09.2021 – 24 O 123/21

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 10.01.2022 – 3 U 350/21

BGH, Urteil vom 13.08.2025 – VIa ZR 200/22

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 09.09.2021 im Beschlussverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 30.840,25 € festzusetzen.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis längstens 17.12.2021.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Klagepartei nimmt die beklagte Fahrzeugherstellerin auf Schadensersatz wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung für die Abgasreinigung in Anspruch.

2

1. Die Klagepartei erwarb am 24.03.2017 von einem Autohaus ein Neufahrzeug der Marke X., Typ Y. zum Kaufpreis von 40.300,00 €. Zum 24.08.2021 betrug der Kilometerstand des Fahrzeugs 70.420 km.

3

Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA 288 (2.0 l 140 kW Euro 6 SCR) ausgestattet. Das Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt betroffen.

4

2. Die Klagepartei hat in erster Instanz vorgetragen, in dem von ihr erworbenen Fahrzeug kämen mit Wissen und Willen des Vorstands der Beklagten mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen zum Einsatz. Auf dieser Grundlage hat sie in erster Instanz beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 31.434,00 € nebst Zinsen aus Euro 31.434,00 hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 03.03.2021 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des PKW Typs X. Y., FIN: ....

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 6.302,26 Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des Pkw Typs X. Y., FIN: ....

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag 1. genannten Fahrzeugs seit dem 03.03.2021 in Verzug befindet.

4. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerpartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 1.873,06 vorgerichtliche Anwaltskosten freizustellen.

**5**

3. Die Beklagte ist dem Vorbringen der Klagepartei entgegengetreten und hat in erster Instanz Klageabweisung beantragt.

**6**

4. Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 09.09.2021 abgewiesen. Die Klagepartei habe einen Anspruch nach § 826 BGB nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Hinsichtlich des „Thermofensters“ fehle es jedenfalls an einem besonders verwerflichen Verhalten der Beklagten.

**7**

Wegen des Sach- und Streitstands in erster Instanz im Übrigen wird Bezug genommen auf die Feststellungen im angegriffenen Ersturteil (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

**8**

5. Gegen das Endurteil vom 09.09.2021 wendet sich die zulässige Berufung der Klagepartei, mit der sie unter Wiederholung und teilweiser Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihre Sachanträge – mit Ausnahme der Deliktzinsen – weiterverfolgt.

**9**

Die Beklagte beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 30.840,25 nebst Zinsen aus Euro 30.840,25 hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 03.03.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs X. Y., FIN: ....

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag I genannten Fahrzeugs seit dem 04.03.2021 in Verzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 1.873,06 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

**10**

6. Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil unter ausführlicher Darlegung der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Sie beantragt die Zurückweisung der Berufung.

**11**

Wegen des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren im Übrigen wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen.

II.

**12**

Nach der einstimmigen Auffassung des Senats ist die Berufung der Klagepartei offensichtlich unbegründet, so dass das Rechtsmittel keine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinn des § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO bietet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

**13**

1. Ein Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagte gemäß §§ 826, 31 BGB oder §§ 826, 831 BGB besteht zunächst nicht wegen der Verwendung eines sog. „Thermofensters“. Die Verwendung eines „Thermofensters“ ist nicht per se, sondern nur unter – hier nicht dargelegten – weiteren Voraussetzungen sittenwidrig (BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, juris Rn. 25 ff.).

**14**

Überdies ist der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidungsserie vom 16.09.2021 (Urteile des BGH vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, 286/20, 321/20 und 322/20) unabhängig vom konkret verwendeten Typ des Dieselmotors und herstellerübergreifend nunmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass es im Hinblick auf die – bis heute bestehende! – unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters sowohl an einem besonders verwerflichen Verhalten des Herstellers als auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz fehlt:

## 15

Danach kann bei einer Abschaltvorrichtung wie hier, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der sich die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantworten lässt, bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht. Allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters folgt ferner kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage – hinsichtlich des unstreitig in den Fahrzeugen der Kläger verbauten Thermofensters fehlt es bis heute an einer behördlichen Stilllegung oder einem Zwang zu Umrüstungsmaßnahmen – ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung des Klägers hätte aufdrängen müssen.

## 16

2. Einen Anspruch gegen die Beklagte nach §§ 826, 31 BGB oder §§ 826, 831 BGB wegen der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen hat die Klagepartei nicht in beachtlicher Weise dargelegt, weil keine greifbaren Anhaltspunkte für das Vorhandensein der behaupteten Abschaltvorrichtungen vorgetragen wurden (zum Prüfungsmaßstab vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 21; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 23).

## 17

Es ist schon im Ansatz verfehlt, zur Darlegung einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung auf die Voraussetzungen, unter denen ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB vorliegen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19 Rn. 9 ff., ZIP 2020, 486), abzustellen (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20, juris Rn. 16).

## 18

Die Beklagte hat eine amtliche Auskunft des Kraftfahrtbundesamts vom 14.12.2021 an das Oberlandesgericht Celle vorgelegt, die den hier in Rede stehenden Motor – EA 288 EU 6 2.0 I TDI 140 kW NSK – zum Gegenstand hat (Anlage BE 22) und in der – auszugsweise – mitgeteilt wird:

„Der streitgegenständliche Fahrzeugtyp, X. Y. 2.01 Diesel 140 kW Euro 6, wurde in dieser Ausführung nicht explizit durch das KBA untersucht, allerdings fanden Untersuchungen an technisch vergleichbaren Fahrzeugen des Herstellers statt, die über dasselbe SCR-Abgasnachbehandlungssystem verfügen und deren Ergebnisse auf diesen Fall übertragen werden können.

Im Fokus der KBA-Untersuchungen standen die Analyse des Abgasnachbehandlungssystems und seiner Komponenten sowie der Software der Motorsteuerung. Diese Untersuchungen zeigten, dass die Fahrzeuge die gesetzlichen Grenzwerte für Abgasschadstoffe einhielten und in der Software keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen festgestellt werden konnten. ... Das streitgegenständliche Fahrzeug weist daher nach diesseitigem Kenntnisstand keine unzulässige Abschaltvorrichtung oder Konformitätsabweichung hinsichtlich des Emissionsverhaltens auf.

Unter dem technisch nicht definierten, umgangssprachlichen Begriff „Thermofenster“ versteht man die außenlufttemperaturgeführte Korrektur der Abgasrückführungs-Rate (AGR-Rate) des Motorengrundkennfeldes. Eine Reduzierung dieser Rate führt in der Regel zu erhöhten Stickoxid (NO<sub>x</sub>) Emissionen des Motors bei zu niedrigen oder hohen Außentemperaturen. Die Korrektur kann aus Gründen des Motorschutzes gerechtfertigt sein, wenn dadurch u. a. übermäßige temperaturbedingte Ablagerungen oder Kondensation vermieden werden, die zur Beschädigung des Motors inklusive einzelner Bauteile führen. Da die thermodynamische Komplexität solcher Ablagerungseffekte sowie bestehende Wechselwirkungen zu Fahrweisen und Fahrbedingungen keine sicheren Schlüsse und Nachweise zuließen, konnte das KBA keine eindeutige Unzulässigkeit dieser Systeme feststellen. ...

Das streitgegenständliche Fahrzeug ist mit einem Kühlwassergeregelten Ladeluftkühler ausgestattet, der auch bei kühlen Temperaturen die Ansaugluft des Motors vorwärmen kann, so dass das Thermofenster eine untergeordnete Rolle spielt.“

## 19

Dem hat der Vortrag der Klagepartei in erster Instanz und im Berufungsverfahren, den der Senat zur Kenntnis genommen und erwogen hat, nichts Substantielles entgegensetzen. Im Einzelnen ist hierzu anzumerken:

- Der Umstand, dass die Beklagte im Motortyp EA 189 eine unzulässige Abschaltvorrichtung nebst Fahrstanderkennung („Umschaltlogik“) verwendet hat, stellt noch keinen greifbaren Anhaltspunkt dafür dar, dass dies auch beim Motortyp EA 288 der Fall ist (OLG Dresden, Urteil vom 04.12.2020, 9a U 2074/19, juris Rn. 30). Aus dem Umstand, dass es sich bei dem Motortyp EA 189 um den Vorgängermotor zum streitgegenständlichen Motortyp EA 288 gehandelt hat, kann nicht geschlossen werden, dass auch in dem Nachfolgemodell eine unzulässige Abschaltvorrichtung enthalten ist (OLG Stuttgart, Urteil vom 19.01.2021, 16a U 196/19, juris Rn. 54);
- In der Anlage K F5 heißt es auf Seite 28: „Umschaltung in der Software teilweise enthalten, jedoch ohne Einfluss auf das Emissionsverhalten. Hinweis: Die Fahrzyklenerkennung ist stark von der Motorvariante und dem Projekt abhängig und ist nicht immer einheitlich appliziert.“ (Hervorhebung nicht im Original);
- Realbetriebmessungen sind als greifbarer Anhaltspunkt für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung von vornherein ungeeignet (BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 23);
- Der Rückruf der Fahrzeuge des Typs M. erfolgte wegen einer Konformitätsabweichung, die vom Sachverhalt nicht vergleichbar ist mit dem Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung;
- Die Anlage K E9 datiert vom 29.07.2021 und hätte damit schon in erster Instanz zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden müssen.

## 20

3. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB besteht aus Rechtsgründen nicht (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 18, 23, 24; Urteil vom 08.12.2020, VI ZR 244/20, ZIP 2021, 84 Rn. 20).

## 21

4. Der Klaganspruch ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV, weil es sich bei den Vorschriften der EG-FGV nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 10 ff.; Beschluss vom 18.05.2021, VI ZR 486/20, juris Rn. 21; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 35; Urteil vom 23.09.2021, III ZR 200/20, juris Rn. 14). Entsprechendes gilt für einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 VO 715/2007/EG (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 15; Urteil vom 08.12.2020, VI ZR 244/20, ZIP 2021, 84 Rn. 20; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, Rn. 10, juris; Urteil vom 23.03.2021, VI ZR 1180/20, juris Rn. 19; vgl. auch BGH, Urteil vom 23.09.2021, III ZR 200/20, juris Rn. 14).

III.

## 22

Die aussichtslosen Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Verhandlung.

## 23

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

## 24

Der Senat regt daher – unbeschadet der Möglichkeit zur Stellungnahme – die kostengünstigere Rücknahme der aussichtslosen Berufung an, die zwei Gerichtsgebühren spart (vgl. Nr. 1220, 1222 Kostenverzeichnis GKG).