OLG Bamberg, Hinweisbeschluss v. 28.07.2022 – 3 U 64/22

Titel:

Keine Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Motor EA 288 (hier: VW T6 Multivan 2.0 TDI)

Normenketten:

BGB § 823 Abs. 2, § 826
ZPO § 148, § 522 Abs. 2
AEUV Art. 267
EG-FGV § 6, § 27
VO (EG) 715/2007 Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2
RL (EG) 2007/46 Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46

Leitsätze:

1. Zu – jeweils verneinten – (Schadensersatz-)Ansprüchen von Käufern eines Fahrzeugs, in das ein Diesel-Motor des Typs EA 288 eingebaut ist, vgl. auch BGH BeckRS 2022, 11891; BeckRS 2022, 18404; OLG Koblenz BeckRS 2020, 6348; OLG München BeckRS 2022, 18805; BeckRS 2022, 23390; OLG Bamberg BeckRS 2022, 18709 sowie BeckRS 2021, 55750 mit zahlreichen weiteren Nachweisen (auch zur aA) im dortigen Leitsatz 1. (redaktioneller Leitsatz)
2. Bei den „KBA-Felduntersuchungen“ sind keine unzulässigen Vorrichtungen bei Fahrzeugen mit dem Motortyp EA 288 der Emissionsklassen EU 5 und EU 6 festgestellt worden. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die - den verbauten SCR-Katalysator betreffende - Fahrkurvenerkennung funktioniert auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb gleichermaßen und hat keinen wesentlichen Einfluss auf die Schadstoffemissionen. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)
4. Durfte eine Herstellerin das Thermofenster zumindest vertretbar für eine zulässige Abschalteinrichtung halten, durfte sie auch das OBD so ausgestalten, dass es den Einsatz des Thermofensters nicht als Fehler anzeigt. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)
5. Ein unionsrechtlicher Anspruch auf Schadensersatz gegen die Fahrzeugherstellerin besteht allenfalls dann, wenn der Genehmigungsbehörde die unzulässige Abschalteinrichtung nicht bekannt war und diese Unkenntnis auf einer Täuschung der Genehmigungsbehörde beruht. (Rn. 45) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, EA 288, unzulässige Abschalteinrichtung, arglistige Täuschung, sittenwidrig, Applikationsrichtlinien, Thermofenster, Fahrkurvenerkennung, (kein) Rückrufbescheid, Aussetzung

Vorinstanz:

LG Schweinfurt, Endurteil vom 22.02.2022 – 24 O 398/21

Fundstelle:

BeckRS 2022, 25139

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klagepartei gegen das Endurteil des Landgerichts Schweinfurt vom 22.02.2022, Az. 24 O 398/21, durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis 01.09.2022.

Entscheidungsgründe

I.

1
Wegen des Sach- und Streitstands wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Lediglich ergänzend oder erläuternd ist noch auszuführen:

2
1. Die Klagepartei nimmt die beklagte Fahrzeugherstellerin auf Schadensersatz wegen Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung für die Abgasreinigung in Anspruch.

3
Die Klagepartei erwarb am 12.05.2020 zu einem Kaufpreis von 35.683,34 € ein Gebrauchtfahrzeug der Marke VW T6 Multivan 2.0 TDI von einer nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten. Das Fahrzeug ist mit einem Automatikgetriebe und einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA 288 der Abgasnorm EU 6 mit einem SCR-Katalysator („SCR“) ausgestattet, der über einen Hubraum von 2.0 l und eine Leistung von 110 kW verfügt. Bei Abschluss des Kaufvertrags betrug der Kilometerstand 66.000 km, zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz betrug die Laufleistung des Fahrzeugs 110.640 km. Das Fahrzeug verfügt zudem über ein sogenanntes „Thermofenster“. Das streitgegenständliche Fahrzeug ist von einem Rückrufbescheid des KBA nicht betroffen.

4
Die Klagepartei hat in erster Instanz vorgetragen, das Fahrzeug über mehrere unzulässige Abschalteinrichtungen, namentlich über eine Zykluserkennung über die Lenkwinkel, Temperatur und Zeit und die Manipulation der On-Board-Diagnose (OBD) verfüge. Weitere unzulässige Abschalteinrichtungen würden aus einer Aufheizstrategie, Manipulation des Batterieladevorgangs, AdBlue-Minderdosierung und einer Schaltpunktveränderung bei Automatikgetrieben resultieren. Auch das „Thermofenster“ stelle eine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Soweit Auskünfte des KBA vorlägen, seien diese unerheblich, weil das KBA nicht selbst prüfen, sondern nur Angaben des Herstellers übernehmen würde. Die Klagepartei hat deshalb erstinstanzlich in der Hauptsache Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises unter Abzug einer im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung verlangt; diese hat sie mit Schriftsatz vom 07.03.2022 auf 11.275,99 € beziffert.

5
Die Klagepartei hat daher erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei EUR 44.833,25 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.08.2020 zu bezahlen, abzüglich einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Nutzungsentschädigung für die Nutzung des vorgenannten Fahrzeugs und gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Volkswagen NFZ T6 2.0 TDI FIN …

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerpartei darüber hinaus Schadensersatz zu leisten für weitere Schäden, die der Klagepartei dadurch entstanden sind oder entstehen werden, dass die Beklagte in das Klageantrag Ziff. 1 genannten Fahrzeugs eine unzulässige Abschalteinrichtung eingebaut hat.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei in Verzug der Annahme befindet.

4. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.875,04 EUR vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

6
Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

7
Sie hat vorgetragen, dass sie keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut habe, der Einsatz eines Thermofensters sei nicht sittenwidrig. Dies würden die Untersuchungen des KBA bestätigen. Zudem sei eine ohnehin seit dem Jahr 2016 nicht mehr verwendete Fahrkurvenerkennung nicht per se unzulässig. Auch das Thermofenster stelle keine unzulässige Abschalteinrichtung dar.

8
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf die dort gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

9

2. Das Landgericht hat die Klage mit dem angefochtenen Urteil als unbegründet abge wiesen. Die Klagepartei habe die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Das Vorhandensein des Thermofenster stelle jedenfalls keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung dar. Hinsichtlich der Funktionen Aufheizstrategie, Manipulation des Batterieladevorgangs, AdBlue-Minderdosierung und einer Schaltpunktveränderung bei Automatikgetrieben fehle es an einer Beschreibung der Prüfstandsbezogenheit. Auch der Vortrag zu den Applikationsrichtlinien und des OBD-Systems enthalte keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Abschalteinrichtung. Der Verweis auf Veröffentlichungen der Deutschen Umwelthilfe sei irrelevant, weil der europäische Gesetzgeber keinen Gleichlauf zwischen den im NEFZ-Prüfzyklus und den auf der Straße erreichten NOx-Werten vorsehe. Auch die Voraussetzungen für eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.v.m. § 27 Abs. 1 EG/FGV bzw. § 263 StGB würden fehlen.

10
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

11
3. Hiergegen wendet sich die zulässige Berufung der Klagepartei, die unter teilweiser Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens ihren Schadensersatzanspruch in eingeschränkten Umfang weiterverfolgt.

12
Sie behauptet weiter, dass eine Manipulation der Emissionswerte über die Steuerung der Batterie vorliegen würde. Die Batterie werde beim Durchlaufen des Prüfzyklus regelwidrig vorkonfiguriert, in dem sie zunächst voll aufgeladen und dann jedwede Nachladung unterdrückt werde. Dies führe auf dem Prüfstand zur Reduzierung der Emissionen, wogegen es im Realbetrieb ständig Aufladungen gebe. Weiter sei das OBD manipuliert und verfüge über eine Zykluserkennung, die aus den Applikationsrichtlinien ersichtlich sei. Der AdBlue-Minderverbrauch ergebe sich aus einem Test eines VW Tiguan. Letztendlich stelle auch das Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung dar.

13
Die Klagepartei beantragt,

1. Das Urteil des Landgerichts Schweinfurt vom 22.02.2022, 24 O 398/21 wird aufgehoben und wie folgt abgeändert:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerpartei Schadensersatz zu leisten für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs Volkswagen NFZ T6 2.0 TDI FIN durch die Beklagtenpartei resultieren.

3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.875,04 EUR vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

14
Zusätzlich zu dem Feststellungsantrag beantragt die Klagepartei unter teilweiser Bezifferung ihres Schadens:

15
Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei EUR 35.683,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.08.2020 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Volkswagen NFZ T6 2.0 TDI FIN und abzüglich einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Nutzungsentschädigung für die Nutzung des vorgenannten Fahrzeugs.

16
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Klagepartei in der Berufungsinstanz wird auf die Berufungsbegründung Bezug genommen.

II.

17
Nach der einstimmigen Auffassung des Senats ist die Berufung offensichtlich unbegründet, so dass das Rechtsmittel keine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinn des § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO bietet.

18
Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil die Klagepartei einen Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB nicht hinreichend dargelegt hat (zum von Senat insoweit zugrunde gelegten Maßstab vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 21 ff. m.w.N.).

19
1. Der Feststellungsantrag ist unzulässig, weil ein Feststellungsinteresse nicht gegeben ist. Dieses ergibt sich entgegen der Auffassung der Klagepartei insbesondere nicht schon daraus, dass die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen sein soll. An der Möglichkeit weiterer Schäden fehlt es nämlich, wenn aus Sicht der Klagepartei bei verständiger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt eines weiteren Schadens wenigstens zu rechnen; dann ist die Klagepartei wegen des bereits eingetretenen Schadens auf die vorrangige Leistungsklage beschränkt. Welche weiteren Schäden zu befürchten sind, hat die Klagepartei also darzulegen (BGH NJW-RR 2022, 23 Rn. 28). Nach diesen Maßstäben fehlt es hierzu an jeglichem konkreten Vortrag der Klagepartei.

20
2. Bereits im Grundsatz stehen einem Schadensersatzanspruch der Klagepartei aus der Vorschrift des § 826 BGB die von der Beklagten vorgetragenen und von der Klagepartei nicht substantiiert in Frage gestellten Feststellungen des KBA entgegen.

21
a) Das BMVI hat nach Bekanntwerden des Dieselskandals Untersuchungen auch in Bezug auf die Motoren des Typs EA 288 in Auftrag gegeben und das KBA angewiesen, spezifische Nachprüfungen durch unabhängige Gutachter zu veranlassen. Diese „KBA-Felduntersuchungen“ umfassten insgesamt 56 Messungen an 53 Fahrzeugmodellen, von denen mehrere mit dem Motortyp EA 288 ausgestattet waren. Ziel der Untersuchung war u.a., die Motorvarianten des Typs EA 288 dahingehend zu überprüfen, ob sie unzulässige Abschalteinrichtungen oder unzulässige Systematiken und Randbedingungen von Prüfstands- und Zykluserkennungen wie die in den EA 189-Fahrzeugen verbaute Umschaltlogik enthielten. Bei diesen Untersuchungen sind keine unzulässigen Vorrichtungen bei Fahrzeugen mit dem Motortyp EA 288 der Emissionsklassen EU 5 und EU 6 festgestellt worden (OLG Dresden, Urteil vom 04. Dezember 2020 - 9a U 2074/19 -, Rn. 30, juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Oktober 2020 - 4 U 171/18 -, Rn. 45, juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 24. September 2020 - 5 U 47/19 -, Rn. 37, juris).

22
b) Dies wird bestätigt durch die von der Beklagten vorgelegten amtliche Auskunft des KBA an das LG Bayreuth vom 15.12.2020 (Anlage B15):

„…Das KBA führte insgesamt sehr umfassende Untersuchungen an Fahrzeugen mit Motoren der Reihe des EA 288 durch, so z.B. im Rahmen der „Untersuchungskommission Volkswagen“, der freizugebenden Software-Updates für das nationale Forum Diesel sowie im Rahmen spezifischer Feldüberwachungstätigkeit…“

23
Damit ist die Behauptung der Klagepartei, dass das KBA lediglich Messungen der Beklagten übernommen habe, ohne Substanz.

24
c) Dem in den amtlichen Auskünften mitgeteilten eindeutigen Befund der Untersuchungen des KBA - hat der Vortrag der Klagepartei in beiden Instanzen, den der Senat zur Kenntnis genommen und erwogen hat, nichts Substantielles entgegenzusetzen. Die Klagepartei setzt sich insbesondere nicht hinreichend mit der in erster Instanz unstreitigen Tatsache auseinander, dass das KBA für das streitgegenständliche Fahrzeug keinen Rückruf angeordnet hat.

25
d) Selbst wenn der Auffassung des KBA nicht beizutreten und die Implementierung der Abschalteinrichtungen als unzulässig einzuordnen wäre, zeigt dies exemplarisch, dass es sich nicht um eine willkürliche Bewertung handelte und jedenfalls nach der vertretbaren subjektiven Einschätzung der Beklagten die Gefahr einer Betriebsuntersagung und damit einer eingeschränkten Nutzbarkeit des Fahrzeugs nicht inmitten stand und steht. Deshalb kann aus der Beklagten ein Handeln, das gegen das

Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender verstoßen würde, auch nicht zum Vorwurf gemacht werden.

26
3. Speziell im Hinblick auf die behauptete unzulässigen Abschalteinrichtung in Form ei ner Zykluserkennung hat die Klagepartei einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 31 BGB bzw. §§ 826, 831 BGB nicht in beachtlicher Weise dargelegt, weil sie keine greifbaren Anhaltspunkte für das Vorhandensein der behaupteten Abschalteinrichtung vorträgt (zum Prüfungsmaßstab vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 21 m.w.N.; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 23)

27
a) Die Beklagte hat eine amtliche Auskunft des Kraftfahrtbundesamts vom 11.02.2021 an das Oberlandesgericht Oldenburg vorgelegt, die den hier in Rede stehenden Motor - EA 288 EU 6 2.0 TDI 110 kW - und das Modell T6 zum Gegenstand hat (Anlage B38).

28
Darin heißt es:

„Eine sogenannte Fahrkurvenerkennung ist in ursprünglich ausgelieferten Datenständen der Motorsteuerung an den betroffenen Fahrzeugen enthalten, diese wurden jedoch nicht als unzulässige Abschalteinrichtung bewertet. Die ursprüngliche Fahrkurvenerkennung … funktioniert auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb gleichermaßen und hat keinen wesentlichen Einfluss auf die Schadstoffemissionen.

Die betroffenen Fahrzeuge verwenden einen SCR (selektive katalytische Reaktion)-Katalysator, der systembedingt mit Reagens betrieben werden muss. Eine Umschaltung der Emissionsminderungsstrategien erfolgt in Abhängigkeit von der technisch möglichen Wirksamkeit des SCR-Katalysators, welche im Wesentlichen von der Temperatur des Katalysators sowie von der Dosierung des Reagens abhängt. Nach Motorstart ist der SCR-Katalysator in der Regel bis zum Erreichen seiner notwendigen Betriebstemperatur unwirksam und das Emissionsminderungskonzept nutzt im Wesentlichen die Abgasrückführung (AGR)…“.

29
Dies wird bestätigt durch die bereits erwähnte amtliche Auskunft des KBA an das LG Bayreuth vom 15.12.2020 (Anlage B15):

„Ich weise darauf hin, dass der bloße Verbau einer Prüfstandserkennung nicht unzulässig ist, solange die Funktion nicht als Abschalteinrichtung gem. Art. 3 Abs. 10 der Verordnung (EG) 715/2007 genutzt wird. Prüfungen des KBA zeigen, dass auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten werden, sodass es sich nicht um eine unzulässige Abschalteinrichtung handelt. Es wurde bei keinem Fahrzeug, welches ein Aggregat des EA 288 aufweist und durch das KBA untersucht wurde, eine unzulässige Abschalteinrichtung festgestellt…Das streitgegenständliche Fahrzeug Tiguan 2.0l Diesel 110 kw Euro 6 … weist nach diesseitigem Kenntnisstand keine unzulässige Abschalteinrichtung hinsichtlich des Emissionsverhaltens auf.“

30
Der Vortrag der Klagepartei in diesem Zusammenhang stellt sich damit als „ins Blaue hinein“ dar und kann angesichts der vorstehend genannten Feststellungen des KBA keine Berücksichtigung finden.

31
c) Aus diesem Grund beruft sich die Klagepartei in diesem Zusammenhang vergeblich auf die Applikationsrichtlinien zum EA 288. Dort 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.“ Aus diesen Applikationsrichtlinien geht mithin hervor, dass bei Fahrzeugen mit EA 288 Motor in der Motorsteuerungssoftware keine Optimierung der Emissionen im Prüfstandsbetrieb vorgenommen wurde. Ausdrücklich ist dort festgehalten, dass die Fahrkurven nicht zur Einhaltung der Emissions- und OBD-Grenzwerte genutzt werden dürfen.

32
Im Übrigen ergibt sich aus dem Vortrag der Klagepartei selbst, dass gerade die Erhöhung der AGR-Rate bis zum Erreichen der Arbeitstemperatur im SCR-Katalysator im realen Fahrbetrieb nicht anders funktioniert als im Prüfzyklus. Dass diese auf den Prüfstand „zugeschnitten“ ist, kann dem Vortrag also nicht entnommen

werden (BGH NJW 2020, 1962 Rn. 16). Daneben ist die Wirkungsweise dem KBA bekannt, wie aus der bereits erwähnten Auskunft an das OLG Oldenburg zu entnehmen ist, ohne dass das KBA Anlass zum Einschreiten gesehen hätte.

33
4. Für die im Anschluss an die Prüfstandserkennung erstinstanzlich behauptete Manipu lation der Emissionswerte über das Ladeverhalten der Batterie unterbreitet die Klagepartei für ihren Vortrag über die bloße Behauptung des Vorhandenseins keine Anknüpfungstatsachen. Sie gibt also nicht an, welche konkreten Erkenntnisse sie ihrem Vortrag zugrunde legt, so dass sich dieser als „ins Blaue hinein“ darstellt. Dass die Batterie auf dem Prüfstand anders arbeite als im Realbetrieb hat die Beklagte, entgegen dem anderslautenden Vortrag der Klagepartei in der Berufungsinstanz, bereits in der Klageerwiderung ausdrücklich bestritten. Greifbare Anknüpfungspunkte für diese Behauptungen stellt die Klagepartei nicht dar.

34
5. Auch die Behauptung der Klagepartei, die AdBlue-Einspritzung in dem streitgegen ständlichen Fahrzeug sei dergestalt manipuliert worden, dass im normalen Fahrbetrieb zu wenig AdBlue eingespritzt werde, lediglich auf dem Rollenprüfstand schalte die Software die Einspritzung von AdBlue so, dass die Grenzwerte eingehalten werden, erfolgt ebenfalls ohne greifbare Anhaltspunkte. Weder der weitere Vortrag der Klagepartei noch die „Applikationsanweisung Diesel“ geben hierfür etwas her. Würde dieser Vortrag zutreffen, müssten sich die Stickoxidemissionen im Betrieb auf der Straße in erheblichem Umfang schlechter darstellen. Dies ist nach den Ergebnissen der umfangreichen Untersuchungen, die das Kraftfahrt-Bundesamt an Fahrzeugen mit dem Motor EA 288 durchgeführt hat, und nach dem dargestellten Inhalt des Berichts der Untersuchungskommission „Volkswagen“ bei Fahrzeugen mit dem Motor EA 288 und einem SCR-Katalysator gerade nicht der Fall (OLG Köln Urt. v. 30.6.2021 - 5 U 254/19, Rn. 27; OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 17.03.2022 - 8 U 82/21, Rn. 26).

35
6. Bei Implementierung des Thermofensters erfolgt die Abgasreinigung im Grundsatz auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise. Es liegt damit - im „Thermofenster als solchem - noch kein System der Prüfstandserkennung vor (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 19). Soweit die Klagepartei behauptet, der Temperaturbereich des Thermofensters sei auf die Bedingungen auf dem Prüfstand exakt zugeschnitten, hat sie dies schlüssig und in prozessual beachtlicher Weise vorzutragen (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 20).

36
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:

37
Danach kann bei einer Abschalteinrichtung 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 Abschalteinrichtung 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 Abschalteinrichtung 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 Thermofenster 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.

38

7. Durfte die Beklagte das Thermofenster zumindest vertretbar für eine zulässige Ab schalteinrichtung halten, durfte sie auch das OBD so ausgestalten, dass es den Einsatz des Thermofensters nicht als Fehler anzeigt (BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, Rn. 18).

39
8. Hieran anknüpfend bietet das Vorhandensein eines „Thermofensters“ unter Berück sichtigung der Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH Rantos vom 02.06.2022 in der Rechtssache C-100/21 (ECLI:ECLI:EU:C:2022:420) auch keine Grundlage für einen Anspruch aus den Vorschriften der Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 der VO 715/2007, Art. 18 Abs. 1, 26 Abs. 1, 46 der RL 2007/46 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB.

40
a) Es entspricht der - für den Senat verbindlichen - höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die von der Klägerin genannten Vorschriften keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind. Soweit der Generalanwalt Rantos in seinen Schlussanträgen vom 02.06.2022 eine abweichende Ansicht vertritt, ist diese zum jetzigen Zeitpunkt weder für die deutschen Gerichte noch für den Gerichtshof der Europäischen Union rechtsverbindlich. Vielmehr erteilt der EuGH von sich aus dem Hinweis: „Die Schlussanträge sind für den Gerichtshof nicht bindend. Aufgabe der Generalanwältin oder des Generalanwalts ist es, dem Gerichtshof in völliger Unabhängigkeit einen Entscheidungsvorschlag für die betreffende Rechtssache zu unterbreiten. Die Richterinnen und Richter des Gerichtshofs treten nunmehr in die Beratung ein. Das Urteil wird zu einem späteren Zeitpunkt verkündet.“

41
b) Überdies bliebe die Klage auch dann ohne Erfolg, wenn der Senat der Auffassung des Generalanwalts R. folgen würde.

42
aa) Das „Thermofenster“ funktioniert im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise wie im realen Fahrbetrieb. Deshalb kann die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden, so dass, wie bereits erörtert. bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte auch nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen einen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen und damit bedingt vorsätzlich gehandelt haben (BGH, Urteil vom 24.03.2022, Az. III ZR 263/20 Rn. 22; BGH NJW 2021, 3721, Rn. 30). Die vorliegenden Umstände rechtfertigen jedoch noch nicht einmal ein fahrlässiges Handeln der Beklagten.

43
bb) Aus dem senatsbekannten Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“ vom April 2016 ist zu entnehmen, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet wurden. Nach Einschätzung der Untersuchungskommission handelt es sich bei der Verwendung eines Thermofensters angesichts der Unschärfe der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007, wonach zum Schutz des Motors vor Beschädigungen und zur Gewährleistung eines sicheren Fahrzeugbetriebs notwendige Abschalteinrichtungen zulässig sind, um keine eindeutigen Gesetzesverstöße, sofern ohne die Verwendung des Thermofensters dem Motor Schaden drohe und „sei dieser auch noch so klein“ (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016, S. 123). Daneben zeigt auch der in der Literatur (vgl. Führ, NVwZ 2017, 265) betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das „Thermofenster“ als unzulässige Abschalteinrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben ist (BGH WM 2022, 1074 Rn. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 14.09.2020, AZ.: 12 U 1464/19, Rn. 23).

44
cc) Weiter ist senatsbekannt, dass nach der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.07.2008 („Mitteilung über die Anwendung und die künftige Entwicklung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über Emissionen von Fahrzeugen für den Leichtverkehr und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen (Euro 5 und Euro 6)“, 2008/C 182/08) trotz der erhöhten NOx-Emissionen bei niedrigen Temperaturen keine Messungen vorgesehen waren. Die Hersteller waren auch nicht verpflichtet, Informationen über das Emissionsverhalten von Dieselfahrzeugen bei niedrigen Temperaturen zur Verfügung zu stellen (dort Ziffer 7). Das Vorhandensein eines Thermofensters war also dem KBA als Typgenehmigungsbehörde bekannt, wenngleich es keine Beschreibung über die exakte Wirkungsweise mangels entsprechender Verpflichtung erhalten hat. Wenn also die Beklagte den gesetzlichen

Anforderungen entsprechend ihren Mitteilungspflichten bezüglich des Thermofensters nachgekommen ist, durfte sie sich grundsätzlich darauf verlassen, dass das KBA im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG eine Ergänzung verlangen würde, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit des Thermofensters in dem betreffenden Fahrzeug zu prüfen. Anderenfalls durfte sich die Beklagte auf die Prüfungskompetenz des KBA als Genehmigungsbehörde verlassen und ohne Verschulden von der Zulässigkeit ihres Vorgehens ausgehen. Selbst wenn man sogar eine Erkundigungspflicht der Beklagten unterstellen würde, hätte die Beklagte keine andere Auskunft vom KBA erhalten als die, welche das OLG Oldenburg (Anlage B38) und das LG Bayreuth (Anlage B15) erhalten haben. Ein „besseres“ Wissen als das der Genehmigungsbehörde ist der Beklagten jedenfalls nicht abzuverlangen.

45
dd) Im Übrigen hat auch der Generalanwalt die von ihm vertretene Rechtsfolge von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht, insbesondere, dass die EG-Typgenehmigung erwirkt worden ist, ohne dass die Genehmigungsbehörde vom Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung etwas wusste (Rn. 48 ff. der Schlussanträge, BeckRS 2022, 12232). Es ist demnach erforderlich, dass der Genehmigungsbehörde die unzulässige Abschalteinrichtung nicht bekannt war, und dass diese Unkenntnis auf einer Täuschung der Genehmigungsbehörde beruht (vgl. OLG München, Beschluss vom 14.06.2022, 36 U 141/22, dort Seite 12). Für einen solchen Sachverhalt ist im Streitfall aufgrund der vorstehenden Erörterungen nichts ersichtlich.

46
9. 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).

47
Aus diesen Gründen erscheint die Berufung der Klagepartei als aussichtslos und wird daher zurückzuweisen sein.

III.

48
1. Die aussichtslosen Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Ver handlung.

49
2. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Nr. 3 ZPO liegen nicht vor.

50
3. 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).

51
4. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für die Berufungsinstanz auf 27.526,25 € festzusetzen. Die Klagepartei hat den Nutzungsvorteil, den sie sich nach ihrem in der Berufungsinstanz gestellten Antrag abziehen lassen will, nicht beziffert. Nachdem dieser nach der Rechtsprechung aller Senate des OLG Bamberg auf der Grundlage einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km zu berechnen ist, ergibt sich auf der Grundlage der Laufleistung des Fahrzeugs bis zum 07.03.2022 ein abzuziehender Nutzungsvorteil von 8.657,09 €, so dass der bezifferte Anspruch der Klagepartei mit 27.026,25 € anzunehmen ist. Der Feststellungsantrag ist mit 500,00 € zu bewerten.