

**Titel:**

**Keine Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Motor EA 288 (hier: VW Golf)**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

StGB § 263

VO (EG) Nr. 715/2007 Art. 5 Abs. 2

**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; BeckRS 2021, 54742; BeckRS 2021, 54495; BeckRS 2021, 54503; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2020, 46880; OLG Stuttgart BeckRS 2021, 3447; BeckRS 2020, 51258; OLG Dresden BeckRS 2020, 51343; OLG Bamberg BeckRS 2022, 18709; BeckRS 2022, 25139; BeckRS 2022, 25141 sowie BeckRS 2021, 55750 mit zahlreichen weiteren Nachweisen (auch zur aA) im dortigen Leitsatz 1; anders durch Versäumnisurteil OLG Köln BeckRS 2021, 2388. (redaktioneller Leitsatz)

2. Die „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA 288“ hat bezüglich des Vorhandenseins einer manipulativen Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerungssoftware des Motors EA 288 keine Aussagekraft. (Rn. 34) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die bloße Installation einer Fahrkurvenerkennung ist nicht unzulässig. (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)

4. Die Entwicklung und der Einsatz der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) reichen für sich genommen nicht aus, um einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB zu begründen. (Rn. 59) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, EA 288, unzulässige Abschaltvorrichtung, sittenwidrig, (kein) Rückrufbescheid, Thermofenster, Fahrkurvenerkennung, Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben, (kein) SCR-Kat, ins Blaue hinein

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 08.08.2022 – 8 U 38/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 25142

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird auf 19.345,26 € festgesetzt.

**Tatbestand**

1

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem sogenannten „Dieselskandal“.

2

Der Kläger erwarb 28.12.2015 das streitgegenständliche Fahrzeug Volkswagen Golf mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ... zum Kaufpreis von 29.000 € als Gebrauchtfahrzeug mit einer Laufleistung von 18.000 km von der ....

**3**

Im Fahrzeug ist ein Dieselmotor des Typs EA 288 verbaut. Es kommt im Motor eine temperaturabhängige Abgasrückführung (sog. Thermofenster) zum Einsatz.

**4**

Unmittelbar nach Bekanntwerden der bei den Motoren der Beklagten ... vorliegenden Softwareprogrammierung gab das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), beim Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) umfangreiche Untersuchungen zu Motoren verschiedener Hersteller und Motortypen zur Prüfung möglicher unzulässiger Abschaltvorrichtungen in Auftrag und veröffentlichte die Ergebnisse in einem ausführlichen Bericht am 22.04.2016 (Anlage B 1). Diese KBA-Felduntersuchungen umfassten insgesamt 56 Messungen an 53 Fahrzeugmodellen verschiedener Hersteller (24 Fahrzeuge der Emissionsklasse EU 5 und 32 Fahrzeuge der Emissionsklasse EU 6). Zu den untersuchten Fahrzeugen gehörten auch acht repräsentative Fahrzeugmodelle, in denen Motoren der Baureihe EA 288 der Emissionsklassen EU 5 und EU 6 verbaut waren. Ziel der Untersuchung war, zu überprüfen, ob die Motoren unzulässige Abschaltvorrichtungen oder unzulässige Prüfstands- und Zykluserkennungen wie die in den EA 189-Fahrzeugen verbaute Umschaltlogik enthielten. Ergebnis der Untersuchung war, dass in den untersuchten Motoren des Typs EA 288 keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen zum Einsatz kommen.

**5**

Ein amtlicher Rückrufbescheid des KBA für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp wegen des Einsatzes einer unzulässigen Abschaltvorrichtung liegt nicht vor.

**6**

Am 22.2.2022 wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 111.884 km auf.

**7**

Der Kläger behauptet, die Motorreihe EA 288 sei als Nachfolger des im Zentrum des ersten Dieselskandals stehenden Motors EA 189 wie auch sein Vorgänger mit illegalen Abschaltvorrichtungen ausgestattet und halte die maßgeblichen Schadstoffgrenzwerte nicht ein.

**8**

Es bestünde auch der Verdacht, dass die Beklagte gegenüber dem KBA im Rahmen der EG-Typgenehmigung sowie der weiteren Kommunikation zum Motor EA 288 falsche oder unrichtige Angaben getätigt habe.

**9**

Die Beklagte verbaue eine Zykluserkennung, bei der im Falle des erkannten Teszyklus eine Umschaltstrategie 1 die Abgasrückführung so regelt, dass sich diese innerhalb des NEFZ-Korridors bewege und im Fall des erkannten Normalzyklus die Umschaltstrategie 2 einen anderen Modus mit höherem Stickstoffausstoß wähle. Hierbei ermittle die Software über die Fahrkurve des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) anhand der Lenkwinkelerkennung, Temperaturerkennung und Zeiterfassung, wann sich das Fahrzeug im Prüfmodus befindet und steuere dann eine Reduzierung der motorischen NOx-Emissionen durch Maßnahmen bei der Abgasreinigung. Hierzu stützt sich der Kläger maßgeblich auf einen internen Leitfaden der Beklagten („Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA 288“) (Anlage K 5). Die Beklagte habe in der Folgezeit ein Software-Update auf die Modelle der EA 288 Motoren aufspielen lassen, das die ursprünglich eingebaute Abschaltvorrichtung im Motor durch Entfernung der Fahrkurve unkenntlich gemacht habe. Spätere Überprüfungen der Fahrzeuge durch das KBA und das BMVI seien deshalb ohne Beanstandung geblieben. Der hier fehlende Rückruf des KBA sei deshalb für die Frage, ob eine illegale Abschaltvorrichtung vorliege, nicht von Bedeutung.

**10**

Im Fahrzeug sei ein SCR-Katalysator verbaut. In diesem Zusammenhang habe die Beklagte die softwaregesteuerte Zudosierung von „AdBlue“ derart manipuliert, dass sich der „AdBlue“-Tank nur sehr langsam leere, weshalb die Abgasreinigung nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise einzuhalten sei. Die ursprünglich erteilte Typgenehmigung sei rechtswidrig.

## 11

Die als Thermofenster bezeichnete temperaturabhängige Abschaltvorrichtung reduziere die Abgasreinigung in dem Fahrzeug dergestalt, dass die Abgasreinigung nur bei Temperaturen zwischen 10° und 32° Celsius sowie bis zu einer Höhe von 1.000 Metern funktioniere, ansonsten jedoch abgeschaltet werde. Auch hierbei handele es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung, die insbesondere auch nicht zum Schutz der Bauteile des Abgasrückführungssystems zwingend notwendig sei.

## 12

Die Beklagte habe den Umstand, dass für den Kläger der Kauf eines Fahrzeugs eine Entscheidung von erheblichem Gewicht gewesen sei, komplett hinter ihr Gewinnstreben gestellt und somit objektiv sittenwidrig gehandelt.

## 13

Sowohl der Vorstand als auch die verantwortlichen Leiter der jeweiligen Entwicklungsabteilungen der Beklagten hätten beschlossen, die Motorsoftware des EA 288 mit rechtswidrigen Abschaltvorrichtungen zu manipulieren. Die Beklagte habe vorsätzlich sowohl hinsichtlich der Schädigung als auch der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände gehandelt. Auch die Unzulässigkeit des Thermofensters sei den Verantwortlichen bewusst gewesen.

## 14

Entscheidend für den Kauf des Fahrzeugs seien für den Kläger insbesondere die Gesetzeskonformität, die uneingeschränkte Fahrmöglichkeit sowie die Umweltverträglichkeit und Wertstabilität gewesen. Bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage würde der Kläger das Fahrzeug nicht erworben haben.

## 15

Mit seiner Klage verfolgt der Kläger daher deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche, insbesondere aufgrund behaupteter vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, sowie Zinsen und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten. Daneben begehrt der Kläger die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten.

## 16

Der Kläger beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt an die Klägerschaft 19.345,26 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Volkswagen Golf mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer ...63
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in dem Klageantrag zu 1) genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Kosten des außergerichtlichen Vorgehens in Höhe von 2.175,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit freizustellen.

## 17

Die Beklagte beantragt:

Klageabweisung.

## 18

Die Beklagte bestreitet unter Hinweis auf einen Untersuchungsbericht des KBA vom April 2016 sowie Äußerungen des Bundesministeriums für Verkehr und Infrastruktur aus dem Jahr 2019 das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen im streitgegenständlichen Motor und gibt an, ein SCR-Katalysator sei nicht verbaut.

## 19

Die Messungen des KBA zu variierten Prüfbedingungen hätten gezeigt, dass der streitgegenständliche EA 288-Motor bei voller Funktionsfähigkeit aller abgasbehandelnden Bauteile die gesetzlich vorgegebenen Abgasgrenzwerte einhalte und zwar unabhängig von einer Fahrkurvenerkennung. Die Wirksamkeit des

Emissionskontrollsystems werde im normalen Fahrbetrieb gegenüber dem Prüfstandsbetrieb nicht in einer Art und Weise verringert, die den Vorwurf einer unzulässigen Abschaltvorrichtung begründen könnte.

## **20**

Der Einsatz einer Fahrkurvenerkennung sei zulässig. Eine unzulässige Umschaltlogik, durch die Emissionen in grenzwertrelevanter Weise auf dem Prüfstand reduziert wurden, sei damit nicht verbunden gewesen.

## **21**

Das im Motor installierte Thermofenster, bei welchem die Abgasrückführung bei einer Außentemperatur zwischen -24 °C und +70 °C aktiv sei, sei zur Vermeidung von Motorschäden und der Gewährleistung des sicheren Betriebs des Fahrzeuges physikalisch unverzichtbar. Um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele es sich dabei nicht. Auch insoweit sei eine Beanstandung durch das KBA nicht erfolgt.

## **22**

Insgesamt sei daher weder eine Täuschung noch eine Schädigung des Klägers durch den Abschluss des Kaufvertrages gegeben. Die Stilllegung des Fahrzeuges, welches über eine wirksame EG-Typgenehmigung für die Emissionsklasse EU 6 verfüge, drohe nicht.

## **23**

Für den Fall einer Rückabwicklung sei ein Nutzungsersatz auf der Grundlage einer Gesamtleistung von höchstens 250.000 km zu berücksichtigen.

## **24**

Hinsichtlich der Einzelheiten weiteren Parteivorbringens wird auf die von den Parteien bei Gericht eingereichten vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen und sonstigen Aktenbestandteilen sowie die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

## **25**

Das Landgericht Coburg hat den Vertreter des Klägers im Termin am 22.2.2022 informatorisch befragt (Bl. 327 d.A.).

## **26**

Hinsichtlich der Einzelheiten wird Bezug genommen auf das Protokoll über die öffentliche Sitzung des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Coburg vom 22.2.2022 (Bl. 326 f. d. A.).

## **Entscheidungsgründe**

### **27**

Die Klage ist unbegründet.

### **28**

1.) Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des streitgegenständlichen Fahrzeuges gemäß §§ 826, 31, 249 Abs. 1 BGB bzw. §§ 826, 831, 249 Abs. 1 BGB.

### **29**

a) Für das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen im Fahrzeug des Klägers bietet dessen Sachvortrag keine ausreichend schlüssigen und greifbaren Anhaltspunkte.

### **30**

aa) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist zwar bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen.

### **31**

Auch ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen

kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzel Tatsachen haben kann. Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (BGH, VIII ZR 57/19, Beschluss vom 28.01.2020, Rn. 7 f. m.w.N. - zitiert nach juris),

bb) Gemessen an diesen Maßstäben stellt sich der klägerische Sachvortrag zu den behaupteten im streitgegenständlichen Fahrzeug von der Beklagten verbauten illegalen Abschaltvorrichtungen als pauschal ins Blaue hinein und ohne ausreichende konkrete Anknüpfungstatsachen dar. Die Klage ist daher abzuweisen, ohne dass es einer Beweiserhebung über die behaupteten einzelnen Abschaltvorrichtungen bedarf.

### **32**

(1) Soweit die Klägerin zur Begründung der behaupteten Zykluserkennung maßgeblich auf die ganz offensichtlich unvollständig als Anlage vorgelegte „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA 288“ verweist, verhilft dies der Klage nicht zum Erfolg.

### **33**

Dort wird ausgeführt:

„Anwendungsbeschreibung:

„NSK: Bedatung, Aktivierung und Nutzung der Fahrkurven zur Erkennung des Precon und des NEFZ, um die Abgasnachbehandlungsevents (DeNOx-/DeSOx-Events) nur streckengesteuert zu platzieren. Im normalen Fahrbetrieb strecken- und beladungsgesteuerte Platzierung der Events; Beladungsteuerung als führende Größe“ [Anmerkung: NSK steht für NOx-Speicherkatalysator]

### **34**

Hieraus meint die Klägerin ableiten zu können, dass auch Fahrzeuge mit einem Motor der Baureihe EA 288 mit einer Manipulationssoftware ausgerüstet seien, durch die sich auf dem Prüfstand andere Abgaswerte ergäben als im realen Betrieb auf der Straße. Dies ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen, insbesondere aus der zitierten Passage der Anwendungsbeschreibung indes nicht. Die zitierte Applikationsanweisung enthält lediglich Anweisungen bezüglich der Durchführung der Fahrzyklen Precon und NEFZ. Bezüglich des Vorhandenseins einer manipulativen Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerungssoftware hat die zitierte Passage keine Aussagekraft (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 25.02.2021, 1 U 249/20).

### **35**

Vielmehr hat lediglich die Beklagte nachvollziehbar und schlüssig unter Vorlage einer „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA 288“, insbesondere auch zum Kenntnisstand des KBA zum Inhalt der Richtlinie, vorgetragen. Daraus ergibt sich ersichtlich kein Anhaltspunkt, um eine sittenwidrige Schädigung auch nur in Erwägung zu ziehen (vgl. LG Coburg, 21 O 674/20, Endurteil vom 04.03.2021).

### **36**

Dies gilt insbesondere auch für die im Zusammenhang mit dem SCR-Katalysator behauptete Manipulation der softwaregesteuerten Zudosierung von „AdBlue“. Der Verweis geht bereits deshalb fehl, da im klägerischen Fahrzeug unstrittig kein SCR-Katalysator eingesetzt wird.

### **37**

(2) Selbst wenn man mit dem Sachvortrag des Klägers davon ausgehen wollte, dass im Motor seines Fahrzeuges tatsächlich eine Fahrkurvenerkennung vorhanden war, welche zwischenzeitlich entfernt worden sei, würde auch dieser (unterstellte) Umstand keine ausreichend konkreten Anknüpfungstatsachen für die behauptete illegale Zykluserkennung bieten.

### **38**

Aus den von Beklagtenseite hierzu vorgelegten verschiedenen Mitteilungen des KBA ergibt sich hierzu einheitlich, dass bei keinem vom KBA untersuchten Fahrzeug mit einem Motor des Typs EA 288 unzulässige Abschaltvorrichtungen festgestellt wurden, weshalb auch weder Nebenbestimmungen angeordnet noch ein behördlich angeordneter Rückruf wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen erlassen wurde (vgl. z.B. Anlage B 17, B 18).

#### **39**

Die bloße Installation einer Fahrkurvenerkennung ist indes nicht unzulässig.

#### **40**

(3) Auch die Tatsache, dass ein Fahrzeug im normalen Fahrbetrieb höhere Emissionen aufweist als in dem - für die Überprüfung der Einhaltung der Werte der Euro 6-Norm maßgeblichen - NEFZ, begründet ebenfalls keinen Anhaltspunkt, sondern ist vielmehr allgemein bekannt.

#### **41**

Die für die Einhaltung der Euro 6-Norm relevanten, im sog. NEFZ-Verfahren gemessenen Werte entsprechen grundsätzlich auch ohne unzulässige Beeinflussung des Messverfahrens nicht den im Rahmen des tatsächlichen Gebrauchs des Fahrzeugs anfallenden Emissionswerten. Es ist vielmehr allgemein bekannt, dass der Straßenbetrieb nicht mit der Prüfstandsituation vergleichbar ist. Dies gilt sowohl hinsichtlich der angegebenen Werte zum Kraftstoffverbrauch als auch hinsichtlich der Emissionsgrenzwerte. Auf dem Prüfstand wird eine bestimmte „ideale“, nicht der Praxis entsprechende Situation vorgegeben, etwa hinsichtlich der Umgebungstemperatur, der Kraftentfaltung (Beschleunigung und Geschwindigkeit) oder der Abschaltung der Klimaanlage, sodass der erzielte Wert zwar zu einer relativen Vergleichbarkeit unter den verschiedenen Fahrzeugfabrikaten und -modellen führen mag, absolut genommen aber jeweils nicht mit dem Straßenbetrieb übereinstimmt (vgl. OLG Bamberg, 6 U 11/21, Hinweisbeschluss vom 26.04.2021; OLG Bamberg, 3 U 343/20, Hinweisbeschluss vom 03.05.2021 - jeweils m.w.N.).

#### **42**

(4) Auch der weitere 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.

#### **43**

Denn das BMVI hatte nach Bekanntwerden der EA 189-Thematik 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 Abschaltvorrichtungen 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 (vgl. OLG Dresden, 9a U 2074/19, Urteil vom 04.12.2020, Rn. 30 - zitiert nach juris).

#### **44**

(5) Auch allein aus dem Umstand, dass die Staatsanwaltschaft Braunschweig Ermittlungen gegen einzelne Mitarbeiter des VW Konzerns eingeleitet hat, lassen sich keine Rückschlüsse auf das Bestehen einer „unzulässigen Abschaltvorrichtung“ bei EA 288 Fahrzeugen ziehen (vgl. LG Coburg, 21 O 674/20, Endurteil vom 04.03.2021).

#### **45**

(6) Weiter liegt auch ein amtlicher Rückrufbescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes für Fahrzeuge mit dem Motortyp EA 288 im Zusammenhang mit deren Emissionsverhalten weder allgemein noch gar für das streitgegenständliche Fahrzeug speziell vor, der die klägerischen Behauptungen untermauern könnte.

#### **46**

Im Gegenteil ergibt sich aus dem von Beklagtenseite als Anlage B 1 vorgelegten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, Stand April 2016, dass das Kraftfahrtbundesamt auf Anordnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur nicht nur reine NEFZ-Untersuchungen, sondern Felduntersuchungen mit variierten

Anordnungen gerade zur Untersuchung von Fahrzeugen u.a. auch des Volkswagen-Konzerns durchgeführt hat, um diese auf das Vorliegen von unzulässigen Abschaltvorrichtungen bei Diesel-Fahrzeugen zu untersuchen, jedoch bei Motoren abseits des Typs EA 189 bis zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Berichts bei keinem weiteren Fahrzeug des VW-Konzerns eine unzulässige Abschaltvorrichtung nachgewiesen werden konnte (vgl. insbesondere Anlage B 1, Seite 119).

#### 47

cc) Im Ergebnis finden sich damit greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Fahrzeug des Klägers nicht, so dass die beantragte Beweiserhebung hierzu auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinausläuft. Die behauptete Zykluserkennung, eine „Akustikfunktion“, erweisen sich als bloße Spekulationen.

#### 48

Der Vortrag des Klägers stellt im Kern nur darauf ab, dass in einem anderen Motor der Beklagten nachgewiesenermaßen eine rechtswidrige Abschaltvorrichtung verwendet wurde, um zu behaupten, dass dies auch bei anderen/allen Dieselmotoren der Beklagten der Fall sein dürfte oder muss und hieraus Nachteile für ihn drohen. Diese Schlussfolgerung ist willkürlich, anhaltslos und nicht belastbar. Den Beseitigungsanträgen auf Erholung von Sachverständigenurteilen ist deshalb nicht nachzukommen (vgl. OLG Bamberg, 1 U 476/20, Beschluss vom 13.04.2021).

#### 49

dd) Der Vortrag des Klägers führt auch nicht zu einer sekundären Darlegungslast der Beklagten zu den technischen Gegebenheiten der mit dem Motor EA 288 ausgestatteten Fahrzeuge.

#### 50

Grundsätzlich trägt der Geschädigte, der sich auf einen Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB beruft, die volle Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen. Die Annahme einer sekundären Darlegungslast setzt voraus, dass der darlegungs- und beweisbelasteten Partei die nähere Darlegung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während die gegnerische Partei alle wesentlichen Tatsachen kennt oder es ihr zuzumuten ist, nähere Angaben zu machen. Die Voraussetzungen für eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten sind hier nicht erfüllt. Um eine Ausforschung zu vermeiden, muss der unstreitige oder zu beweisende Vortrag des Beweispflichtigen greifbare Anhaltspunkte für seine Behauptung liefern (vgl. OLG Bamberg, 1 U 476/20, Beschluss vom 13.04.2021 m.w.N.). Daran fehlt es hier.

#### 51

b) Auch die im Motor des Fahrzeugs zum Einsatz kommende temperaturabhängige Abgasrückführung (sog. Thermofenster) verhilft der Klage nicht zum Erfolg, selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellen wollte, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist.

#### 52

Für einen Anspruch aus § 826 BGB (bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB) gegen die Beklagte fehlt es jedenfalls an der hinreichenden Begründung eines entsprechenden sittenwidrigen Verhaltens bzw. subjektiven Tatbestands.

#### 53

Das Oberlandesgericht Bamberg führt in seiner Entscheidung vom 13.04.2021 hierzu aus (vgl. OLG Bamberg, 1 U 476/20, Beschluss vom 13.04.2021 mit zahlreichen weiteren Nachweisen):

#### 54

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Abschaltvorrichtung, die bei Zulassungsverfahren systematisch die Leistung des Systems zur Kontrolle der Emissionen von Fahrzeugen verbessert, damit die in der Verordnung festgelegten Emissionsgrenzwerte eingehalten werden und so die Zulassung dieser Fahrzeuge erreicht wird, nicht unter die Ausnahme von dem in der Verordnung aufgestellten Verbot solcher Einrichtungen fallen kann, selbst wenn die Einrichtung dazu beiträgt, den Verschleiß oder die Verschmutzung des Motors zu verhindern. Zwar enthebt dieses nicht von der Notwendigkeit des Nachweises der Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung (Thermofenster) im Einzelfall. Der Entscheidung des EuGH (EuGH, C-693/18, Urteil vom 17.12.2020 - zitiert nach juris) lag ein Verfahren betreffend den von der Beklagten produzierten Motortyp EA 189 zugrunde, so dass hieraus kein Präjudiz für den vorliegend

gegenständlichen Motortyp EA 288 als Nachfolgemodell des EA 189 im Konzern der Beklagten entnommen werden kann.

#### **55**

Selbst unterstellt, dies wäre auch beim vorliegenden Motortyp als unzulässige Abschaltvorrichtung zu werten, ist allerdings auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten dieses Verhalten für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände.

#### **56**

Ein derart vorsätzliches Verhalten im Sinne einer bewussten sittenwidrigen Schädigungsabsicht kann nur dann angenommen werden, wenn über die bloße Kenntnis von dem Einbau einer Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionweise in den streitgegenständlichen Motor hinaus zugleich auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass dies von Seiten der Beklagten in dem Bewusstsein geschah, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen, und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde. Insoweit kann der Kläger auch nicht mit Erfolg auf die hinsichtlich des von der Beklagten entwickelten Motors Typ EA 189 ergangene Rechtsprechung verweisen. Die Implementierung einer zum Zwecke der Erkennung der Prüfstandssituation entwickelten Software, die ausschließlich in diesen Fällen das Emissionsverhalten des Fahrzeugs verändert, stellt sich als qualitativ vollständig anders dar als ein temperaturabhängiges Abgasrückführungssystem, welches vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, und bei dem Gesichtspunkte des Motor- bzw. des Bauteilschutzes als technische Rechtfertigung plausibel und nachvollziehbar angeführt werden können. In derartigen Fällen kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die verantwortlichen Organe der Beklagten von einer - möglicherweise - letztlich unzutreffenden, aber dennoch vertretbaren und im Übrigen auch von den im Überprüfungsverfahren involvierten staatlichen Stellen geteilten Gesetzesauslegung und -anwendung ausgegangen sind. Bereits die kontrovers geführte Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) 2007/715 zeigt, dass die Gesetzeslage an dieser Stelle nicht unzweifelhaft und eindeutig ist.

#### **57**

Auch nach Einschätzung der vom Bundesverkehrsministerium eingesetzten Untersuchungskommission Volkswagen lag ein Gesetzesverstoß durch die von allen Autoherstellern eingesetzten Thermofenster jedenfalls nicht eindeutig vor. So heißt es im vorerwähnten Bericht der Untersuchungskommission ausdrücklich (vgl. Anlage B 1, Seite 123):

„Zudem verstößt eine weite Interpretation durch die Fahrzeughersteller und die Verwendung von Abschaltvorrichtungen mit der Begründung, dass eine Abschaltung erforderlich ist, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, angesichts der Unschärfe der Bestimmung, die auch weite Interpretationen zulässt, möglicherweise nicht gegen die VO(EG) Nr. 715/2007. Konsequenz dieser Unschärfe der europäischen Regelung könnte sein, dass unter Berufung auf den Motorschutz die Verwendung von Abschaltvorrichtungen letztlich stets dann gerechtfertigt werden könnte, wenn von Seiten des Fahrzeugherstellers nachvollziehbar dargestellt wird, dass ohne die Verwendung einer solchen Einrichtung dem Motor Schaden droht, sei dieser auch noch so klein.“

#### **58**

Schließlich zeigt auch der in der Literatur betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das „Thermofenster“ als unzulässige Abschaltvorrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben war, gegen welche die Beklagte seinerzeit bewusst verstoßen hätte. Dies gilt jedenfalls für den vorliegend maßgeblichen Zeitpunkt der Entwicklung und Produktion des streitgegenständlichen Motors EA 288, bei dem eine Konkretisierung der Voraussetzungen gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG wie durch die Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 (EuGH, C-693/18, Urteil vom 17.12.2020 - zitiert nach juris) noch nicht erfolgt war.

#### **59**

Auch der Bundesgerichtshof hat zwischenzeitlich hinsichtlich der Problematik des Einsatzes und Implementierung eines Thermofensters festgestellt, dass die Entwicklung und der Einsatz der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) für sich genommen nicht ausreichen, um einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß §

826 BGB) zu begründen (vgl. BGH, VI ZR 433/19, Beschluss vom 19.01.2021; BGH, VI ZR 889/20, Beschluss vom 09.03.2021 - jeweils zitiert nach juris).

**60**

Diesen umfassenden und überzeugenden Ausführungen des Oberlandesgerichts Bamberg schließt sich die Einzelrichterin auch für den hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalt vollumfänglich an.

**61**

2.) Dem Kläger steht auch kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB gegen die Beklagte zu.

**62**

Auch hier ist im Vorbringen des Klägers schon nicht zu entnehmen, welches Organ oder welcher Mitarbeiter der Beklagten vorsätzlich den Kläger wann, wie und durch welche Handlung getäuscht haben soll. Das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung oder den vage behaupteten weiteren unzulässigen Abschaltvorrichtungen ist aus oben genannten Gründen hierfür jedenfalls nicht ausreichend.

**63**

Für einen Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB müsste zudem der erstrebte Vermögensvorteil und der eingetretene Vermögensnachteil durch dieselbe Vermögensverfügung vermittelt sein, woran es bei einem - hier vorliegenden - Gebrauchtwagenkauf aber fehlt (vgl. BGH, IV ZR 5/20, Urteil vom 30.07.2020, Rn. 19 - zitiert nach juris; OLG Bamberg, 8 U 276/20, Beschluss vom 10.02.2021, OLG Bamberg, 1 U 476/20, Beschluss vom 13.04.2021).

**64**

Die Nebenentscheidungen gründen sich auf §§ 91, 709 ZPO, Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf § 48 Abs. 1 S. 1 GKG, § 3 ZPO.