

**Titel:**

**Kein Schadensersatz wegen angeblicher Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung**

**Normenkette:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

**Leitsätze:**

1. Zwar kann in dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs, das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen ist, grundsätzlich eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung liegen, da dies dazu führen kann, dass der Widerruf der Typengenehmigung oder zumindest die Stilllegung des konkreten Fahrzeugs droht, sofern der Käufer nicht an der Rückrufaktion zur Beseitigung der Abschalteinrichtung teilnimmt. Für den Erfolg einer hierauf gestützten Klage genügt es jedoch nicht, wenn das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung auf Mutmaßungen ohne konkrete tatsächliche Anhaltspunkte beruht und klägerseits ins Blaue hinein behauptet wird. (Rn. 21 – 23) (redaktioneller Leitsatz)
2. Das Verhalten eines Automobilherstellers, ein mit einem sog. Thermofenster und einem SCR-Kat ausgestattetes Fahrzeug in den Verkehr zu bringen, ist nicht als sittenwidrige Handlung zu bewerten. Denn bei einer die Abgasreinigung (Abgasrückführung und Abgasnachbehandlung) beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, und bei der Gesichtspunkte des Motorrespektive des Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft erwogen werden können, kann bei Fehlen jedweder konkreter Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen in dem Bewusstsein agiert hatten, möglicherweise eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden. (Rn. 32 – 33) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

EA 288, Thermofenster, Diesel-Abgasskandal, unzulässige Abschalteinrichtung, Mutmaßungen

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Endurteil vom 28.03.2023 – 5 U 4525/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 45548

**Tenor**

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.
- IV. Der Streitwert wird auf 12.080,38 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche mit dem Ziel der Klagepartei auf Rückabwicklung eines Kaufvertrags über den Erwerb eines Pkws im Zusammenhang mit der sog. „Diesel-Abgasthematik“.

**2**

Die Klagepartei erwarb am 15.12.2016 von der Fa. Autohaus ... direkt einen Pkw 2.0 TDI, Erstzulassung 02/2016, mit einer Laufleistung von 17.098 km zu einem Rechnungspreis von 41.500,00 € brutto (Anlage K 1). Das Fahrzeug wurde am 22.10.2019 zu einem Preis von 23.000,00 € bei einer Laufleistung von 60.860 km weiterveräußert (Anlage K2).

**3**

Werksseitig verfügt das Fahrzeug über einen von der Beklagten hergestellten Dieselmotor der Baureihe EA 288 (EU 6), für den die Typengenehmigung nach VO (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2017 über die Typengenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zur Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge erteilt wurde.

**4**

Bei dem streitgegenständlichen Motor erfolgt die Stickoxidemission zum einen über einen sog. SCR-Katalysator, welcher mit Harnstoff („AdBlue“) betrieben wird, und zum anderen über die sog. Abgasrückführung (AGR), bei der ein Teil der Abgase zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt wird und dort erneut an der Verbrennung teilnimmt. Der Grad der Abgasrückführung bemisst sich insoweit auch in Abhängigkeit von der Außentemperatur, wobei zwischen den Parteien streitig ist, bei welchen Außen-/Ladelufttemperaturen die Abgasrückführung reduziert wird (sog. „Thermofenster“).

**5**

Ein verbindlicher Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt (KBA) wurde für das streitgegenständliche Fahrzeug nicht angeordnet.

**6**

Die Klagepartei machte gegenüber der Beklagten Schadensersatzansprüche mit der Begründung eines wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung mangelbehafteten Fahrzeugs geltend.

**7**

Die Klagepartei ist der Ansicht, das Fahrzeug sei von dem sog. „Diesel-Abgasskandal“ betroffen. Sie behauptet, die Beklagte habe durch den Einbau von unzulässigen Abschalteinrichtungen verschiedener Ausgestaltung in die Motorsteuerung des Fahrzeugs in verbotener Weise auf das Emissionsverhalten Einfluss genommen und so im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens unter Vorspiegelung der Einhaltung der gesetzlichen Grenzwerte die Erlangung der EG-Übereinstimmungsbescheinigung und die damit einhergehende Erteilung der Betriebserlaubnis erwirkt. Dazu behauptet die Klagepartei insbesondere, auch der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Motor der Baureihe EA 288 sei mit einer Steuerungssoftware ausgestattet, die erkenne, ob sich das Fahrzeug auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte oder im üblichen Straßenverkehr befindet, so dass die eingebaute Software auf dem Rollenprüfstand beim Stickoxidausstoß ein anderes Motorprogramm abspeile als im Normalbetrieb („Zykluserkennung“). Eine weitere unzulässige Einflussnahme auf das Emissionskontrollsysteem sieht die Klagepartei aber auch in dem Einbau des „Thermofensters“. Zudem moniert die Klagepartei Manipulationen im Zusammenhang mit dem NOx-Speicherkat bzw. dem SCR-Katalysator.

**8**

Die Klagepartei trägt vor, sie hätte das streitgegenständliche Fahrzeug nie erworben, wenn sie gewusst hätte, dass die gesetzlich normierten Mindestanforderungen für die Emissionsbegrenzung nicht erfüllt seien. Der Schaden der Klagepartei liege in dem Abschluss eines ungewollten Vertrags über ein mangelbehaftetes Fahrzeug. Es drohe der Entzug der EG-Typengenehmigung und die Stilllegung des Pkws. Zudem sei ein erheblicher Wertverlust eingetreten.

**9**

Die Klagepartei meint deswegen, die Beklagte habe sie in vorsätzlicher sittenwidriger Weise geschädigt. Die Beklagte hafte auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Herausgabe des erworbenen Fahrzeugs. Die Klagepartei sei im Wege der Naturalrestitution so zu stellen, als ob sie das Fahrzeug nie erworben hätte. Zudem sei von den Organen der Beklagten der Tatbestand des Betrugs gegenüber der Klagepartei erfüllt, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB.

**10**

Die Klagepartei beantragt zuletzt,

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 12.080,38 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB hieraus seit Klagezustellung zu bezahlen.

**11**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

**12**

Die Beklagte wendet ein, das Fahrzeug sei ordnungsgemäß zugelassen und halte die Emissionsgrenzwerte der zugeteilten Abgasnorm ein. Die Beklagte habe die Klagepartei weder sittenwidrig geschädigt noch getäuscht. Anders als im Zusammenhang mit dem Vorgängermotor des Typs EA 189 moniert, komme in dem streitgegenständlichen Dieselmotor des Typs EA 288 keine Umschaltlogik oder unzulässige Abschalteinrichtung zum Einsatz. Folgerichtig habe das Kraftfahrtbundesamt (KBA) hier gerade keinen Bescheid mit dem Vorwurf einer unzulässigen Abschalteinrichtung erlassen oder einen verpflichtenden Rückruf angeordnet. Die Klagepartei behauptet unzutreffend und ohne jede Tatsachengrundlage, dass auch in dem streitgegenständlichen Motor des Typs EA 288 eine Umschaltlogik wie in den Fahrzeugen mit Motoren des Typs EA 189 zum Einsatz komme.

**13**

Die Beklagte meint zudem, der Einsatz eines sog. „Thermofensters“ stelle gerade keine solche unzulässige Abschalteinrichtung dar. Zum einen arbeite das in den Dieselmotoren des Typs EA 288 enthaltene Emissionskontrollsysteem sowohl im Prüfstand als auch auf der Straße mit identischer Wirksamkeit ohne Einsatz einer Umschaltlogik. Zum anderen sei der Einsatz eines Thermofensters zum Schutz des Motors und Bauteilen des Pkws jedenfalls zulässig. Für die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung gebe es daher keine Grundlage.

**14**

Zur Ergänzung, Vertiefung und Vervollständigung wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 04.07.2022 Bezug genommen.

**15**

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden. Das Gericht hat streitig zur Sache verhandelt.

**16**

Zum Ergebnis hierzu wird auf die Sitzungsniederschrift zum Termin vom 04.07.2022 verwiesen.

**Entscheidungsgründe****17**

Die zulässige Klage erweist sich in der Sache als unbegründet.

**18**

I. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das Landgericht Passau für die Entscheidung sachlich gemäß § 1 ZPO i.V.m. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG und örtlich gemäß § 32 ZPO zuständig.

**19**

II. Die Klage ist jedoch unbegründet, weil die Klagepartei gegen die Beklagte keine – gegenwärtigen oder künftigen – Schadensersatzansprüche hat.

**20**

1. Eine Haftung der Beklagten ergibt sich – auch unter Berücksichtigung der aktuellen Entscheidung des BGH vom 25.05.2020 (Az.: VI ZR 252/19) zu dem hier nicht streitgegenständlichen Vorgängermotor des Typs EA 189 – nicht unter dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB analog.

**21**

a) Zwar kann in dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs, das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen ist, grundsätzlich eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung liegen, da dies dazu führen kann, dass der Widerruf der Typengenehmigung oder zumindest die Stilllegung des konkreten Fahrzeugs droht, sofern der Käufer nicht an der Rückrufaktion zur Beseitigung der Abschalteinrichtung teilnimmt. Mit der Inverkehrgabe des Fahrzeugs bringt der Hersteller jedenfalls konkludent zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck im Straßenverkehr eingesetzt werden darf, d. h. über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei der Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter, konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist (BGH a.a.O.; OLG Koblenz, Urteil vom 20.04.2020 – 12 U 1570/19). Dies setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typengenehmigung nicht durch eine Täuschung des

zuständigen Kraftfahrtbundesamtes erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortbestand einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht (OLG Koblenz a.a.O.).

**22**

Im vorliegenden Fall hat die Klagepartei mehrere der – in der allgemeinen Presseberichterstattung für verschiedene Modellreihen kolportierten – unterschiedlich ausgeprägten, in der Kritik stehenden Abschalteinrichtungen aufgeführt, jedoch ohne einen hinreichend konkreten Bezug zu dem hier streitgegenständlichen Fahrzeug herzustellen. Lediglich soweit die Klagepartei im Zentrum ihrer Argumentation in spezifizierter Form durchgängig darauf verweist, dass die Beklagte in ihren Fahrzeugen ein Thermofenster verwende, das sie in sittenwidriger Weise auch in dem hier in Rede stehende Fahrzeug verbaut habe, und die Klagepartei hieraus den rechtlichen Schluss herleitet, dass es sich insoweit um eine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. VO (EG) Nr. 715/2007 handelt, ist ihr Sachvortrag in tatsächlicher Hinsicht hinreichend bestimmt. Die Klagepartei hat vorgetragen, dass innerhalb eines definierten Bereichs der Umgebungstemperatur die Abgasnachbereitung eingestellt und – aus ihrer Sicht – ein Zustand hervorgerufen werde, der zu einem von den öffentlich-rechtlichen Emissionsvorschriften nicht gedeckten Abgasausstoß führe.

**23**

b) Das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug beruht auf Mutmaßungen ohne konkrete tatsächliche Anhaltspunkte und wird klägerseits ins Blaue hinein behauptet.

**24**

Eine Nebenbestimmung zur Typgenehmigung bzw. die Anordnung eines verbindlichen Rückrufs seitens des Kraftfahrtbundesamtes hat es für das streitgegenständliche Fahrzeug unstrittig nicht gegeben, obwohl die Problematik in Bezug auf den Motortyp EA 288 als Nachfolgemodell des Motortyps EA 189 dem Kraftfahrtbundesamt bereits seit dem Jahr 2015 bekannt ist.

**25**

Die Behauptungen der Klagepartei, der streitgegenständliche Pkw enthalte – neben dem Thermofenster – weitere unzulässige Abschalteinrichtungen und spiegele auf einem Prüfstand unzutreffend günstige Ergebnisse vor, erfolgten letztlich lediglich pauschal sowie „ins Blaue hinein“. Auch aus dem Auszug des Berichts der Untersuchungskommission „Volkswagen“, der von Klägern im Kontext der Baureihe EA 288 häufig in Bezug genommen wird, ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der streitgegenständliche Motor EA 288 eine unzulässige Abschalteinrichtung enthält (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.02.2020 – 12 U 353/19).

**26**

Eine Beweiserhebung über die klägerseits behaupteten weiteren unzulässigen Abschalteinrichtungen liefert deshalb letztlich auf einen in der ZPO nicht vorgesehenen Ausforschungsbeweis hinaus, dem folglich nicht nachzukommen war (OLG München, Beschluss vom 10.02.2020 – 3 U 7524/19).

**27**

c) Selbst wenn man unterstellt, in der Motorsteuerungssoftware des streitgegenständlichen Fahrzeugs seien die klägerseits behaupteten unzulässigen Abschalteinrichtungen enthalten, wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu begründen.

**28**

Beim Einsatz unzulässiger Abschalteinrichtungen kommt eine Sittenwidrigkeit nur dann in Betracht, wenn über die bloße Kenntnis von dem Einbau einer Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise 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 verstößen, und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde (OLG München, Urteil vom 20. Januar 2020, Az. 21 U 5072/19). Bei nicht eindeutiger und zweifeloser Gesetzeslage muss daher eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe des Herstellers in Betracht gezogen werden (OLG München a.a.O.). Hat dieser aber die Rechtslage fahrlässig verkannt, dann fehlt es sowohl am erforderlichen Schädigungsvorsatz als auch an dem für die Sittenwidrigkeit in subjektiver Hinsicht erforderlichen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit wie der Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatumstände (OLG München a.a.O.).

## 29

Unabhängig von der Frage, ob die – von der Beklagten dem Grunde nach nicht bestrittene – Implementierung eines Thermofensters oder eines SCR-Katalysators in tatsächlicher Hinsicht objektiv mit den (unions-) rechtlichen Vorschriften vereinbar ist oder nicht und damit ob es sich bei der Verwendung von Thermofenstern / SCR-Katalysatoren tatsächlich – wie von der Klagepartei behauptet – um unzulässige Abschalteinrichtungen handelt, stellt sich das Inverkehrbringen eines solchermaßen konzipierten Fahrzeugs subjektiv jedenfalls nicht als sittenwidrige Handlung der Beklagten i.S.d. § 826 BGB dar.

## 30

aa) Objektiv sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach Inhalt oder Gesamtcharakter, der durch zusammenfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, d. h. mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht vereinbar ist (BGH, Urteil vom 19.11.2013 – VI ZR 336/12). Dass das Verhalten gegen vertragliche Pflichten oder das Gesetz verstößt, unbillig erscheint oder einen Schaden hervorruft, genügt nicht (OLG Koblenz, Urteil vom 21.10.2019 – 12 U 246/19). Insbesondere die Verfolgung eigener Interessen bei der Ausübung von Rechten ist im Grundsatz auch dann legitim, wenn damit eine Schädigung Dritter verbunden ist (BGH, Urteil vom 19.10.1987 – II ZR 9/87). Hinzutreten muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eintretenden Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19).

## 31

Subjektiv ist ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit nicht erforderlich. Der Schädiger muss aber grundsätzlich die Tatumstände kennen, die sein Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 13.09.2004 - II. ZR 276/02).

## 32

bb) Legt man diese Maßstäbe zugrunde, ist das Verhalten der Beklagten, ein mit einem sog. Thermofenster / SCR-Kat ausgestattetes Fahrzeug in den Verkehr zu bringen, vorliegend nicht als sittenwidrige Handlung zu bewerten. Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob das in dem streitgegenständlichen Fahrzeug installierte Thermofenster eine objektiv unzulässige Abschalteinrichtung darstellt oder nicht. Zwar mag sich bei einer sog. „Schummelsoftware“, wie sie in dem VW-Dieselmotor des Typs EA 189 verwendet worden war, die Sittenwidrigkeit des Handelns per se aus dem Einsatz dieser Umschaltlogik, die – auf den Betriebszustand des Fahrzeugs abstellend – allein danach unterscheidet, ob sich dieses auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19). Eine solche Abschalteinrichtung mag eindeutig unzulässig sein und an dieser rechtlichen Wertung auch aus Sicht der Handelnden bzw. hierfür Verantwortlichen kein Zweifel bestehen (BGH a.a.O.; OLG Koblenz, Urteil vom 20.04.2020 – 12 U 1570/19; OLG München, Beschluss vom 10.02.2020 – 3 U 7524/19).

## 33

Bei einer anderen die Abgasreinigung (Abgasrückführung und Abgasnachbehandlung) beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, wie hier dem Thermofenster, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, und bei der Gesichtspunkte des Motorrespektive des Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft erwogen werden können, kann bei Fehlen jedweder konkreter Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen bei der Beklagten in dem Bewusstsein agiert hatten, möglicherweise eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden (OLG Koblenz a.a.O.; OLG München a.a.O.). Vielmehr muss in dieser Situation, selbst wenn – einmal unterstellt – hinsichtlich des hier in Rede stehenden Thermofensters von einer objektiv unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegangen werden sollte, eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe in Betracht gezogen werden (OLG Koblenz a.a.O.; OLG München a.a.O.; OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 – 3 U 148/18).

## 34

Eine Sittenwidrigkeit käme hier – wie bereits aufgezeigt – gerade nur in Betracht, wenn über die bloße Kenntnis von der Verwendung einer Software mit der in Rede stehenden Funktionsweise in dem 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 verstößen, und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde (OLG Stuttgart,

Urteil vom 30.07.2019 – 10 U 134/19; OLG Koblenz, Urteil vom 20.04.2020 – 12 U 1570/19; OLG München, Beschluss vom 10.02.2020 – 3 U 7524/19). Solche Anhaltspunkte sind von der Klagepartei nicht substantiiert vorgetragen, zudem vermengt die klägerische Darstellung die in der beim Vorgängermotor EA 189 für die Prüfstandsmanipulation behauptete Vorgehensweise in der Entwicklungsabteilung der Beklagten mit dem „Thermofenster“ des weiter entwickelten Dieselmotors EA 288.

### **35**

Solange nach all dem entsprechend der vorstehenden Überlegungen in Betracht zu ziehen ist, dass die Beklagte die Rechtslage fahrlässig verkannt hat, fehlt es in subjektiver Hinsicht an dem für die Sittenwidrigkeit erforderlichen Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Eine Auslegung aber, wonach ein Thermofenster eine zulässige Abschalteinrichtung darstellt, ist jedenfalls nicht unvertretbar. Ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes wiederum kann aber nicht als besonders verwerfliches Verhalten angesehen werden (OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019 – 10 U 134/19, OLG Koblenz a.a.O.; OLG München a.a.O.). Die Klagepartei hat auch nicht aufzeigen können, dass letztlich – trotz entsprechender Sensibilisierung der Öffentlichkeit und der Behörden für diese Materie – ein Anlass zu einem Rückruf seitens des Kraftfahrtbundesamts und zu einer Aufforderung an die Beklagte, die Abgasreinigung auf andere Weise vorzunehmen, bestanden hätte.

### **36**

cc) Gleiches gilt im Ergebnis nach Auffassung des Gerichts für die weiteren von der Klagepartei angeführten Abschalteinrichtungen. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit dem Einsatz unzulässiger Abschalteinrichtungen setzt nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (Az. VI ZR 252/19) voraus, dass infolge der durch Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung erschlichenen Typgenehmigung eine Betriebsbeschränkung oder – untersagung droht und zum Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem behoben werden kann. Das streitgegenständliche Fahrzeug wurde hingegen von der Klagepartei zu einem Zeitpunkt erworben, in welchem der Skandal hinsichtlich des Motortyps EA 189 bereits aufgedeckt war und die Beklagte erklärt hatte, auf Herstellerkosten für die betroffenen Dieselmotoren des Typs EA 189 Software-Updates zur Beseitigung der Umschaltlogik durchzuführen, wodurch die Bedenken des Kraftfahrtbundesamtes zur Vorschriftsmäßigkeit des Fahrzeugs entfallen. Wenn man nun der Argumentation der Klagepartei folgen würde, die Beklagte habe beim Motortyp EA 288 ebenfalls eine Abschalteinrichtung im Sinne einer Zykluserkennung mit Umschaltlogik eingebaut, hätten die Beklagte bzw. deren organschaftliche Vertreter und Repräsentanten annehmen dürfen, auch beim Motortyp EA 288 werde ein Softwareupdate etwaige Betriebsbeschränkungen seitens der Zulassungsbehörden verhindern können, da dies beim Vorgängermodell ebenfalls gelungen war. Allein der Umstand, dass das streitgegenständliche Fahrzeug, unterstellte man das behauptete unentdeckte Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen als gegeben, im normalen Straßenverkehr mehr Schadstoffe ausstoßen würde als ohne Abschalteinrichtung, wäre aus Umweltschutzgesichtspunkten sicherlich zu beanstanden, würde aber keine sittenwidrige Schädigung zum Nachteil des Vermögens der Klagepartei darstellen, die das Fahrzeug weiterhin gefahrlos benutzen kann.

### **37**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 30. Juli 2020, Az. VI ZR 5/20 (= NJW 2020, 2798) bezüglich des Motors EA 189 im Ergebnis entschieden, dass eine sittenwidrige Schädigung zu verneinen ist, wenn der Fahrzeugkauf nach Bekanntwerden des „Dieselskandals“ stattgefunden hat. Unter anderem stellt die Entscheidung darauf ab, dass die Beklagte in Zusammenarbeit mit dem KBA Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes erarbeitet habe, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder – untersagung zu bannen, was ihr tatsächlich durch die Entwicklung und Bereitstellung eines Software-Updates für den dort betroffenen Fahrzeugtyp gelungen sei (BGH NJW 2020, 2798, 2803). Wenn aber hierdurch der Vorwurf der sittenwidrigen Schädigung entfällt, muss dies nach Dafürhalten des Gerichts erst recht gelten, wenn das Fahrzeug vom Kraftfahrtbundesamt von vorneherein nicht beanstandet wird und deswegen ein Softwareupdate nicht erforderlich ist.

### **38**

d) Auch ein Schädigungsvorsatz der Beklagten ist nicht nachgewiesen.

### **39**

Der erforderliche Schädigungsvorsatz im Rahmen von § 826 BGB, der getrennt von der Sittenwidrigkeit – auch von deren subjektiver Seite – festzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.1966 – VI ZR 1/65), bezieht sich darauf, dass durch die Handlung einem anderen Schaden zugeführt wird. Fahrlässigkeit, auch grobe, genügt nicht (BGH, Urteil vom 06.06.1962 – V ZR 125/60). Der Vorsatz muss sich auf den Schaden erstrecken, eine nur allgemeine Vorstellung über eine etwa mögliche Schädigung genügt nicht (BGH, Urteil vom 24.04.2001 – VI ZR 36/20). Andererseits ist Schädigungsabsicht nicht erforderlich. Es genügt, dass der Schädiger den Schadenseintritt vorausgesehen und die Schädigung im Sinne eines direkten Vorsatzes gewollt oder jedenfalls im Sinne eines bedingten Vorsatzes billigend in Kauf genommen hat (BGH, Urteil vom 20.11.2012 – VI ZR 268/11). Maßgeblich ist dabei allein der Zeitpunkt des Inverkehrbringens des konkreten Fahrzeugs (OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019 – 10 U 134/19).

#### **40**

Vorliegend kann jedoch – wie bereits dargelegt – nicht davon ausgegangen werden, dass auf Seiten der Beklagten bewusst eine – unterstellt – objektiv unzulässige Abschalteinrichtung verwendet wurde. Mangels anderweitiger greifbarer Anhaltspunkte ist allenfalls von einer fahrlässigen Verkennung der Rechtslage auszugehen. Dann aber fehlt es am notwendigen Schädigungsvorsatz, weil dieser das Bewusstsein eines möglichen Gesetzesverstoßes verbunden mit einer mindestens billigenden Inkaufnahme desselben erfordert (OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019 – 3 U 148/18; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019 – 10 U 134/19; OLG Koblenz, Urteil vom 21.10.2019 – 12 U 246/19).

#### **41**

2. Ansprüche der Klagepartei auf Rückabwicklung des Kaufgeschäfts ergeben sich auch nicht unter dem rechtlichen Aspekt einer kaufrechtlichen Gewährleistung – Rücktritt oder sogenannter großer Schadensersatz – wegen Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB.

#### **42**

a. Es fehlt schon an einem Sachmangel gemäß § 434 BGB. Zu einer bestimmten Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinsichtlich des gerügten Emissionsverhaltens des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat die Klagepartei bereits nicht substantiiert vorgetragen. Aus den oben unter Ziffer 1. bereits dargelegten Gründen ist für das Fahrzeug der Klagepartei aber auch ein Sachmangel unter dem Gesichtspunkt der Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nummer 1 BGB) oder der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und üblichen/erwartbaren Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nummer 2 BGB) nicht gegeben.

#### **43**

b. Ein Rücktritt wurde nicht erklärt, hierzu auch nicht vorgetragen.

#### **44**

c. Schließlich fehlt es an konkreter Darstellung der Klagepartei zu den spezifischen Voraussetzungen eines Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB, insbesondere einer Nachfristsetzung oder den konkreten Voraussetzungen ihrer Entbehrlichkeit.

#### **45**

Auch seinem Inhalt nach wäre ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB (i.V.m. § 437 Nr. 3 BGB) ohnehin nicht auf die Rückerstattung der von der Klagepartei mit dem Kaufpreis gezahlten Gegenleistung gerichtet.

#### **46**

Bei einem gegenseitigen Vertrag kann § 281 BGB zwar auf jeden der beiden Ansprüche der Vertragsparteien zur Anwendung gelangen. Die Wirkung der Vorschrift ist jedoch stets auf denjenigen der beiden Ansprüche beschränkt, hinsichtlich dessen nach den Absätzen 1 bis 4 des § 281 BGB der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung begründet wird. Eine Auswirkung auf den gegenläufigen Anspruch auf die Gegenleistung hat dies nicht. Um die Verpflichtung zur Gegenleistung aufzuheben, bedarf es des Rücktritts; hierfür ist § 323 BGB maßgeblich. Beim gegenseitigen Vertrag regelt also § 281 BGB die Frage, ob anstelle einer gestörten Leistung Schadensersatz verlangt werden kann; § 323 BGB dagegen regelt die Frage, ob der Gläubiger sich durch Rücktritt von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung befreien und diese, soweit erbracht, zurückfordern kann (vgl. zum ganzen Münchener Kommentar zum BGB a.a.O. § 281 RdNr. 12). Während beim einseitigen Schuldverhältnis nur § 281 BGB zur Anwendung kommt, bedarf es also beim

gegenseitigen Vertrag eines Zusammenspiels von § 281 BGB und § 323 BGB (Münchener Kommentar a.a.O.).

**47**

3. Ein Anspruch der Klagepartei lässt sich ebenso wenig aus einer Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB in Gestalt eines Verstoßes gegen ein Schutzgesetz herleiten.

**48**

Vor dem Hintergrund des fehlenden sittenwidrigen, täuschenden Verhaltens der Beklagten bleibt nämlich auch kein Raum für eine deliktische Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB. Solange die Beklagte nicht – jedenfalls nicht nachweisbar – in dem Bewusstsein handelte, ein mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattetes Fahrzeug in den Verkehr zu bringen, fehlt es auch an dem Nachweis einer willentlichen Täuschung des Käufers über das Nichtvorhandensein einer solchen (möglicherweise unzulässigen) Einrichtung (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 20.04.2020 – 12 U 1570/19).

**49**

4. Die Beklagte haftet auch nicht nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV.

**50**

Mit der ganz h. M. ist der Schutzgesetzcharakter der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. von Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 zu verneinen (OLG Braunschweig, Urteil vom 19.02.2019 – 7 U 134/17; OLG München, Beschluss vom 29.08.2019 – 8 U 1449/19; OLG Koblenz a.a.O.). Bei den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV handelt es sich entgegen der Ansicht der Klagepartei nicht um ein Schutzgesetz, weil sie den Schutz individueller Interessen nicht berücksichtigen. Dass der Individualschutz im Aufgabenbereich der genannten Vorschrift liegt oder aber aus deren Auslegung unter Berücksichtigung der zugrundeliegenden RL 2017/46/EG folgt, ist nicht ersichtlich (OLG München a.a.O.).

**51**

5. Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich ein Schadensersatzanspruch zugunsten der Klagepartei auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG ergibt. Auch insoweit hat die Norm keinen Drittschutz zum Zweck. Analogien zur Prospekthaftung lassen sich vorliegend ebenfalls nicht ziehen.

**52**

6. Die weiteren geltend gemachten Schadenspositionen – vorprozessuale Rechtsanwaltsgebühren sowie Zinsen – sind mangels eines Hauptsacheanspruchs bzw. Verzugs nicht begründet; gleiches gilt für den mit eingeklagten Feststellungsantrag zum Annahmeverzug.

**53**

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

**54**

IV. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

**55**

V. Streitwert: § 48 GKG i.V.m. § 3 ZPO. Die beantragte Zug-um-Zug-Leistung wirkt sich dabei auf den Streitwert der Klage nicht aus (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 15. Auflage 2018, § 3 RdNr. 39). Auch hinsichtlich des weiteren Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs war eine Erhöhung des Streitwerts wegen wirtschaftlicher Identität zum Leistungsantrag nicht angezeigt (Musielak/Voit, a.a.O., RdNr. 27).