

**Titel:**

**Schadensersatz, unzulässige Abschaltvorrichtung, Thermofenster, Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, SCR-Technologie, Rückruf, Nutzungsvorteil**

**Schlagworte:**

Schadensersatz, unzulässige Abschaltvorrichtung, Thermofenster, Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, SCR-Technologie, Rückruf, Nutzungsvorteil

**Vorinstanz:**

LG Würzburg, Endurteil vom 11.04.2022 – 12 O 1771/21

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 19.01.2023 – 3 U 107/22

BGH, Beschluss vom 19.03.2024 – VIa ZR 160/23

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klagepartei gegen das Endurteil des Landgerichts Würzburg vom 11.04.2022, Az. 12 O 1771/21, durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.
2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis 14.12.2022.

**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 01.12.2016 von einem nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten ein Gebrauchtfahrzeug der Marke M., Typ C250d 4 MATIC zum Kaufpreis von 57.500,00 € mit einer Laufleistung von 23.874 km. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs OM 651 (Euro 6) ausgestattet und wies am Schluss der mündlichen Verhandlung in 1. Instanz eine Laufleistung von 162.172 km auf. Das Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt betroffen, die Beklagte bietet eine freiwillige Servicemaßnahme an. Das Fahrzeug ist mit einem sogenannten Thermofenster und mit einer SCR-Technologie ausgestattet. Deren Verwendung war dem KBA bekannt und wurde in der Vergangenheit nicht beanstandet.

3

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 (insbesondere: Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, Slipguard, Bit 13, 14, 15). Auch das Thermofenster und der Einsatz der SCR-Technologie würden hierunter fallen.

4

Auf dieser Grundlage hat die Klagepartei in erster Instanz die Rückerstattung des Kaufpreises abzüglich eines Nutzungsvorteils verlangt. Sie hat in der mündlichen Verhandlung vom 30.03.2022 den Rechtsstreit in der Hauptsache in Höhe von 2.195,46 € und 81,11 € für erledigt erklärt und zuletzt beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Schadensersatz in Höhe von 28.701,06 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.09.2021 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeuges M. C 250d mit der FIN ....

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs M. C 250d mit der FIN ... seit dem 30.09.2021 in Annahmeverzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei die durch die Beauftragung des Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 825,14 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.09.2021 zu zahlen. Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt, die Klage abzuweisen.

**5**

Sie ist dem Vortrag der Klagepartei in erster Instanz entgegengetreten und hat ausgeführt:

**6**

Die Ausführungen der Klagepartei hätten keinen Bezug zum streitgegenständlichen Motor- bzw. Fahrzeugtyp. Eine manipulative Prüfstandssoftware sei nicht verbaut, was das KBA ausdrücklich bestätigt habe. Das Thermofenster stelle keine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Auch die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung funktioniere auf dem Prüfstand in gleicher Weise wie im realen Fahrbetrieb. Dem KBA sei die Funktion bekannt und habe sie bei einer Reihe von Fahrzeugen als unproblematisch angesehen.

**7**

2. Das Landgericht hat die Klage mit dem angefochtenen Endurteil abgewiesen. Das Vorhandensein des Thermofensters begründe kein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten der Beklagten. Hinsichtlich der Kühlmittel-Soll-Temperatur habe die Klagepartei keinen einzigen tatsächlichen Anhaltspunkt für eine unterschiedliche Arbeitsweise auf dem Prüfstand und dem realen Fahrbetrieb dargelegt. Auch aus anderen Vorschriften ergebe sich kein Anspruch der Klagepartei.

**8**

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

**9**

3. Hiergegen wendet sich die Berufung der Klagepartei, mit der sie ihre Sachanträge unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags im Wesentlichen weiterverfolgt. Sie trägt im Wesentlichen vor:

**10**

In ihrem Fahrzeug kämen mit Wissen und Willen des Vorstands der Beklagten die bereits in erster Instanz genannten unzulässigen Abschaltvorrichtungen zum Einsatz. Hierzu habe sie hinreichend substantiiert vorgetragen. So habe die Klagepartei dargelegt, dass die Abgasrückführung nur bei Außentemperaturen zwischen 20 und 30 Grad Celsius voll aktiv sei. Dies habe die Beklagte nicht substantiiert bestritten. Bei dieser Ausgestaltung hätte sich das Landgericht damit befassen müssen, ob das KBA hierüber getäuscht worden sei. Vor diesem Hintergrund sei auch die Auffassung des Landgerichts nicht haltbar, dass keine Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit vorliegen würden. Die Unzulässigkeit des Thermofensters habe der Generalanwalt ... als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch gesehen.

**11**

Für die Kühlmittel-Soll-Temperatur habe das KBA bestätigt, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliege. Diese sei auf den Prüfstand zugeschnitten und führe dort zu einer niedrigeren Emissionsbelastung. Dies werde durch ein Gutachten des Sachverständigen A. vom 26.07.2021 und ein Schreiben des Sachverständigen vom 27.07.2021 belegt. Dort liste der Sachverständige eine Vielzahl von Fahrzeugen der Baureihen OM 651 und OM 622 auf, bei denen er eine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt haben will. Diese Liste enthalte mehrere Fahrzeuge der Baureihe OM 651 Euro, die mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug vergleichbar seien. Bislang seien deutschlandweit 84.991 Fahrzeuge dieser Baureihe zurückgerufen worden.

**12**

Auch im Hinblick auf das SCR-System lägen greifbare Anhaltspunkte für eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor. Nach Ablauf des Prüfzyklus werde bei der Einrüstung von AdBlue eine weniger

effektiver Modus genutzt. Dies habe das KBA als unzulässige Abschaltvorrichtung eingestuft und werde zudem durch ein neues Gutachten des Sachverständigen D. vom 28.09.2020 belegt.

### **13**

Die Klagepartei beantragt,

Das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Würzburg wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Schadensersatz in Höhe von 28.701,06 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.09.2021 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeuges M. C 250d mit der FIN ....

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeuges M. C 250d mit der FIN ... seit dem 30.09.2021 in Annahmeverzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei die durch die Beauftragung des Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 825,14 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.09.2021 zu zahlen.

### **14**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

### **15**

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Das Fahrzeug halte die regulatorischen Vorschriften ein. Das KBA habe bestätigt, dass nach amtlicher Untersuchung keine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt worden sei.

### **16**

Das Thermofenster stelle keine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Der Vortrag der Klagepartei, dass die Abgasrückführung ab einer Außentemperatur stufenweise reduziert werde, treffe nicht zu. Bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei dies erst bei einer Umgebungstemperatur von 7 Grad Celsius der Fall, die Abgasrückführung sei auch noch bei zweistelligen Minusgraden aktiv.

### **17**

Auch die Kühlmittel-Soll-Temperaturregelung funktioniere auf dem Prüfstand und im realen Straßenverkehr gleich. Dem KBA seien alle Fahrzeugtypen bekannt, in denen diese Funktion verwendet werde. Das KBA habe den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp nach einer umfangreichen Testkampagne jedoch nicht in einen Rückruf einbezogen, weil die Kühlmittel-Soll-Temperaturregelung für die Einhaltung der Grenzwerte nicht ausschlaggebend gewesen sei. Selbst in Fahrzeugen, in denen das KBA diese beanstandet habe, wozu der streitgegenständliche Fahrzeugtyp nicht gehöre, sei das KBA nicht von einer manipulativen Prüfstanderkennung ausgegangen. Die Ausführungen des Sachverständigen A. seien nicht streitentscheidend.

### **18**

Das SCR-System verringere die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nicht. Die Funktionsweise sei dem KBA bekannt und nicht beanstandet worden. Das Gutachten des B. sei als Beweismittel nicht zuzulassen. Die hierin getroffenen Feststellungen seien nicht übertragbar, weil sie ein Fahrzeug E 350 Blue Tec 4MATIC OM 641 betreffen würden.

II.

### **19**

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. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

### **20**

1. Ansprüche der Klagepartei gegen die Beklagte nach § 826 BGB wegen der Verwendung einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) bestehen nicht.

### **21**

a) Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung zum Thermofenster auf jegliche „die Abgasemissionen beeinflussende Einrichtung im Emissionskontrollsystem im Fahrzeug der Klagepartei“ und insbesondere auch auf die KSR übertragen und eine Haftung der Beklagten für die KSR abgelehnt (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, juris; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 179/21, juris Beschluss vom 10.11.2021, VII ZR 415/21, juris Rn. 27; Beschluss vom 21.03.2022, VIa ZR 334/21, juris Rn. 19). Dies gilt selbst dann, wenn das Fahrzeug der Klagepartei von einem Rückruf durch das KBA betroffen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, juris Rn. 14; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 99/21, juris Rn. 25; Beschluss vom 14.03.2022, VIa ZR 51/21, juris Rn. 25), was unstreitig nicht der Fall ist.

## 22

b) Auch vorliegend hat die Klagepartei nicht substantiiert dargelegt, dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung eine prüfstandsbezogene unzulässige Abschalteneinrichtung darstellt. Der Vortrag der Klagepartei ist ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt und wird durch die selbst vorgelegten Beweismittel widerlegt.

## 23

aa) Auf das Gutachten des Sachverständigen A. vom 26.07.2021 kann sich die Klagepartei schon deshalb nicht stützen, weil der streitgegenständliche Fahrzeugtyp nicht Gegenstand des Gutachtens war. Es ist deshalb auf den Streitfall nicht übertragbar. Auch die am 27.07.2021 übersandte Liste enthält nicht den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp und ist daher für den Rechtsstreit ohne Belang.

## 24

Ähnlich unergiebig für den klägerischen Anspruch sind die Ausführungen im Gutachten des Prof. D.. Hier wurde ein M. GLK 220 CDI 4Matic Euro 5 begutachtet, dass sich von dem streitgegenständlichen Fahrzeug allein schon dadurch gravierend unterscheidet, dass dieses der Schadstoffklasse Euro 6 unterfällt. Im Übrigen stellt der Sachverständige lediglich eine Abhängigkeit der Ansteuerung des geregelten Kühlmittelthermostats von der Umgebungslufttemperatur fest, hat aber gerade nicht bestätigt, dass die Beklagte über die Kühlmittelsolltemperatur eine prüfstandsbezogene Abschalteneinrichtung verwendet. Ausdrücklich hält er fest, dass nicht festgestellt werden konnte, dass sich die Fahrzeugemissionen im „Rollentest“ signifikant von denen im Straßenmodus unterscheiden würden (S. 47 des Gutachtens).

## 25

bb) Die Klagepartei hat eine Auskunft des KBA vom 16.12.2021 (Anlage BK12) vorgelegt, aus der zwar zu entnehmen ist, dass einige der Dieselmotoren OM 651 die Schadstoff- und Abgasstrategie „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ aufweisen würden. Gleichzeitig hat das KBA mitgeteilt, dass dies nicht zwangsläufig bedeute, dass die Strategie in allen Fahrzeugtypen mit diesen Motoren als unzulässig einzustufen sei. Soweit Rückrufe erfolgt seien, würde diese nur bestimmte Varianten, vereinzelte Emissions-Genehmigungen und begrenzte Produktionszeiträume betreffen. Aus der weiteren von der Klagepartei vorgelegten Auskunft des KBA vom 20.09.2021 (Anlage BK5) geht weiter hervor, dass das „Geregelte Kühlmittelthermostat“ in Fahrzeugtypen vorhanden sein kann, ohne dass dieses aktiv genutzt werde; dies habe die Beklagte durch ein „Testing-Out“ nachgewiesen. Letztendlich hat die Klagepartei eine Liste der von einem Rückruf betroffenen Fahrzeuge vorgelegt (Anlage BK9), in der der streitgegenständliche Fahrzeugtyp nicht enthalten ist.

## 26

Hieraus ist erkennbar, dass dem KBA das „Geregelte Kühlmittelthermostat“ nicht nur bekannt ist, sondern dies für das KBA auch Grundlage für eine eigene Überprüfung war, die in einigen Fällen auch Rückrufbescheide zur Folge hatte. Dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht betroffen war, lässt nur den Schluss zu, dass das KBA das hier verbaute „Geregelte Kühlmittelthermostat“ nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung eingestuft hat.

## 27

c) Schlussendlich ist die Klagepartei der Behauptung der Beklagten, dass sie im Rahmen des Typgenehmigungsantrags dem KBA gegenüber hinsichtlich des Kühlmittelthermostats sämtliche nach den Formularen notwendigen Angaben gemacht zu haben, nicht entgegengetreten. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren erforderliche Angaben zu den Einzelheiten der Abgasrückführung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteneinrichtung zu prüfen. Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine

Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, legt die Klagepartei nicht dar (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az.: VII ZR 126/21 Rn. 20).

## 28

2. Eine Haftung der Beklagten lässt sich auch nicht aus den sechs „SCR-Abschalteinrichtungen“ herleiten. Das insoweit in Bezug genommene Gutachten des Privatsachverständigen B. vom 28.09.2020 (Anlage BK10) betrifft ein Fahrzeug des Typs E 350 BlueTec mit einem Motor des Typs OM 642 der über einen Hubraum von 3,0 Litern und eine Leistung von 190 kW verfügt (Seite 5 des Gutachtens) und ist daher auf den Streitfall nicht übertragbar. Das darauf basierende Gutachten der U. ist daher gleichfalls ohne Relevanz. Zudem wurden die vorgenannten Abschalteinrichtungen unstreitig vom KBA geprüft und nicht beanstandet.

## 29

3. Einen Anspruch gegen die Beklagte nach §§ 826, 31 BGB oder §§ 826, 831 BGB wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in Form Bit 13, Bit 14, Bit 15 und Slipguard – sofern im Berufungsverfahren überhaupt noch behauptet – hat die Klagepartei nicht in beachtlicher Weise dargelegt, weil keine greifbaren Anhaltspunkte für das Vorhandensein der behaupteten Abschalteinrichtungen 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).

## 30

4. Ein Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagte nach § 826 BGB oder § 831 BGB wegen des im Fahrzeug der Klagepartei unstreitig zum Einsatz kommenden Thermofensters besteht nicht. Es fehlt sowohl an der objektiven Sittenwidrigkeit als auch am Schädigungsvorsatz.

## 31

(Spätestens) seit der Entscheidungsserie vom 16.09.2021 (Urteile vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, 286/20, 321/20 und 322/20) nimmt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an, dass es im Hinblick auf die – bis zur Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften durch den EuGH – unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters unabhängig vom konkret verwendeten Typ des Dieselmotors und herstellerübergreifend (zu Daimler: u.a. Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721; zu VW: Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814; zu Audi: Beschluss vom 01.09.2021, VII ZR 128/21, juris; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 164/21, juris; zu BMW: Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, juris) sowohl an einem besonders verwerflichen Verhalten des Herstellers als auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz fehlt. Im Einzelnen:

## 32

a) Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) sind nicht bereits deshalb gegeben, weil die Beklagte das in Rede stehende Fahrzeug aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) ausgestattet und in den Verkehr gebracht hat (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 13; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, VersR 2021, 1252 Rn. 10; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 12). Dabei kann in diesem Zusammenhang zugunsten der Klagepartei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216), denn der darin liegende Gesetzesverstoß wäre auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 16; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 26; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, VersR 2021, 1252 Rn. 13; Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 13; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 15).

## 33

aa) Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht mit der Fallkonstellation zu vergleichen, die dem Grundsatzurteil vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962) zugrunde liegt (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 17; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 27; Urteil vom 21.04.2022, VII ZR 70/21, juris Rn. 19). Dort

hatte der Automobilhersteller entschieden, von der Einhaltung der gesetzlichen Stickoxidgrenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem KBA stattdessen zwecks Erlangung der Typgenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorzuspiegeln, dass die von ihm hergestellten Dieselfahrzeuge die Grenzwerte einhalten. Die Software war bewusst und gewollt so programmiert, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik), und zielte damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab. Die mit einer derartigen – evident unzulässigen – Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeuge hatte der Hersteller sodann unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzten, in den Verkehr gebracht. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerber in der Bewertung gleich.

### 34

bb) Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist weder „evident unzulässig“ (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 17) noch von vornherein durch Arglist geprägt (BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 27). Das Thermofenster unterscheidet nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen entspricht die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand. Daher reicht allein der Vortrag der Klagepartei, dass die Abgasrückführung in ihrem Fahrzeug werde bei niedrigeren Temperaturen reduziert nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben (vgl. BGH, Beschluss vom 21.03.2022, VIa ZR 334/21, juris Rn. 22).

### 35

b) Um das Verhalten der Beklagten als sittenwidrig zu bewerten, bedarf es daher – über die Verwendung des Thermofensters hinaus – weiterer Umstände (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 19; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 28; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, VersR 2021, 1252 Rn. 13; Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 13; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 16), für die die Klagepartei die Darlegungs- und Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 13). Keinesfalls ausreichend hierfür ist allein der Umstand, dass die Beklagte mit der Entwicklung und dem Einsatz des Thermofensters eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt hat (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 13).

### 36

aa) Über die Verwendung des Thermofensters hinaus setzt daher bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 19; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 28 Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, VersR 2021, 1252 Rn. 13; Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 13; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 16), also mit „Vorsatz“ gehandelt haben (vgl. BGH, Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 14). Eine lediglich fahrlässige Verkennung der Rechtslage ist insoweit nicht ausreichend (vgl. BGH, Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 14). Für diese Tatbestandsvoraussetzung trägt die Klagepartei die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 19; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 29; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, VersR 2021, 1252 Rn. 14; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 17).

### 37

bb) Für ein derartiges Vorstellungsbild sprechende Anhaltspunkte hat die Klagepartei nicht aufgezeigt.

### 38

Die Klagepartei hat nicht dargelegt, dass es sich bei dem Thermofenster um eine prüfstandsbezogene Abschalteinrichtung handelt. Das Thermofenster ist nicht mit einer Prüfstanderkennung verbunden, weshalb

dessen Verwendung unter diesem Gesichtspunkt nicht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugenwerber in der Bewertung gleichsteht. 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 Prüfstanderkennung vor (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, WM 2021, 2108 Rn. 19; Urteil vom 13.01.2022, III ZR 205/20, juris Rn. 27 f.).

### 39

Hinzu kommt, dass das KBA unstreitig weder im Genehmigungsverfahren noch bei einer späteren Untersuchung des Fahrzeugs die konkrete Ausgestaltung des Thermofensters beanstandet hat (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.02.2022, 8 U 143/21, juris Rn. 10). Eine Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes ist also, wie bereits dargelegt, auf Grundlage des klägerischen Vortrags nicht erkennbar.

### 40

5. Hieran anknüpfend ergibt sich aus der Verwendung eines Thermofensters auch kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV.

### 41

a) Bei den Vorschriften der EG-FGV handelt es sich nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (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). An dieser auch vom ihm ständig vertretenen Ansicht hält der Senat unter Berücksichtigung der vom Generalanwalt X. in seinen Schlussanträgen vom 02.06.2022 in der Rechtssache C-100/21 (ECLI:ECLI:EU:C:2022:420) vertretenen abweichenden Meinung fest. Für die Einordnung der von der Klagepartei genannten Vorschriften als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind im Übrigen nur die nationalen Gerichte berufen.

### 42

b) Jedoch würde es der Berufung auch nicht zum Erfolg verhelfen, wenn der Senat der Auffassung des Generalanwalts ... folgen würde. 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 kann, 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 im Sinne der Vorschrift des § 276 BGB.

### 43

aa) 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 Ausnahmvorschrift 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 Abschaltvorrichtungen 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 Abschaltvorrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben ist (BGH, Urteil vom 24.03.2022, Az. III ZR 263/20 Rn. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 14.09.2020, AZ.: 12 U 1464/19, Rn. 23).

### 44

bb) Weiter waren die Hersteller senatsbekannt nicht verpflichtet, Informationen über das Emissionsverhalten von Dieselfahrzeugen bei niedrigen Temperaturen zur Verfügung zu stellen, obwohl das Vorhandensein eines Thermofensters also dem KBA als Typgenehmigungsbehörde seit 15 Jahren bekannt war. Wenn also die Beklagte den gesetzlichen Anforderungen entsprechend ihren Mitteilungspflichten bezüglich des Thermofensters nachgekommen ist, durfte sie annehmen, 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, ist davon auszugehen, dass das KBA, wie auch bislang geschehen, nichts unternommen und insbesondere das Thermofenster nicht beanstandet hätte.

#### **45**

Das KBA geht noch heute von der Zulässigkeit des Thermofensters aus und hätte keine andere als die an RA T. gerichtete Auskunft erteilt, nach der „keine Unzulässigkeit dieser Systeme“ habe festgestellt werden können (Anlage BK 2). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung zu keinem anderen Erkenntnisstand geführt hätte, scheidet Fahrlässigkeit auch dann aus, wenn die Erkundigung nicht eingeholt wurde. Weil sich der Erkundigende grundsätzlich auf die Fachkompetenz einer Fachbehörde verlassen darf, ist ihm ein „besseres“ Wissen als das der Genehmigungsbehörde nicht abzuverlangen (BGH, NJW-RR 2017, 1004 Rn. 17; BGH NJW-RR 2018, 1250 Rn. 28, 32). Dies gilt auch für die Beklagte.

#### **46**

cc) 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 Abschaltvorrichtung etwas wusste (Rn. 48 ff. der Schlussanträge, BeckRS 2022, 12232). Es ist demnach erforderlich, dass der Genehmigungsbehörde die unzulässige Abschaltvorrichtung 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, vielmehr ist das Gegenteil der Fall.

#### **47**

6. Eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet bei dem hier vorliegenden Kauf eines Gebrauchtwagens von einer Niederlassung der Beklagten jedenfalls daran, dass das auch hier erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Abschaltvorrichtungen nicht festgestellt ist (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 72/21, juris Rn. 32).

III.

#### **48**

1. Die aussichtslosen Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Verhandlung.

#### **49**

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

#### **50**

2. 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**

3. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für die Berufungsinstanz auf bis zu 28.800,00 € festzusetzen.