

**Titel:**

**Abschalteinrichtung, Sittenwidrigkeit, OLG Bamberg, Sittenwidrige Schädigung, Zug-um-Zug-Verurteilung, Elektronisches Dokument, Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten, Vorläufige Vollstreckbarkeit, Sekundäre Darlegungslast, Betriebsuntersagung, Elektronischer Rechtsverkehr, Feststellung des Annahmeverzugs, Sachvortrag, Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, Unzulässigkeit, Streitwert, Greifbare Anhaltspunkte, Feststellungsinteresse, Wert des Beschwerdegegenstandes, Sachverständigenbeweis**

**Schlagworte:**

Zulässigkeit der Klage, Zuständigkeit des Landgerichts, Feststellungsinteresse, Anspruch auf Schadensersatz, Sittenwidrigkeit der Handlung, Unzureichender Sachvortrag, Fehlende Beweisankhaltspunkte

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Hinweisbeschluss vom 22.11.2022 – 5 U 189/22

OLG Bamberg, Beschluss vom 03.01.2023 – 5 U 189/22

BGH Karlsruhe, Urteil vom 24.09.2024 – VIa ZR 79/23

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 59392

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird auf 27.789,50 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger macht im Zusammenhang mit dem sogenannten „Diesel-Skandal“ die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Fahrzeug der Marke BMW geltend.

**2**

Der Kläger erwarb am 07.07.2016 in ... zu einem Kaufpreis von 34.256,01 € einen BMW 218d mit der Fahrzeugidentifizierungsnummer ... und einem Kilometerstand von 0 km (vgl. Anlage K A2). Das Fahrzeug verfügt über einen Dieselmotor des Typs B47, der von der Beklagten entwickelt und hergestellt wurde und in die Schadstoffklasse EURO 6 eingeordnet ist. Zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 105.391 km auf.

**3**

Mit Schreiben vom 07.12.2021 forderte der Kläger über seine Vertreter die Beklagte zur Rücknahme des Fahrzeugs gegen Erstattung des Kaufpreises abzüglich gezogener Nutzungen auf (Anlage K B1).

**4**

Ein Rückrufbescheid oder sonstige Anordnungen des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) existiert in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug bzw. den in diesem Fahrzeug verbauten Motor nicht. Das Fahrzeug enthält kein SCR-System.

**5**

Der Kläger trägt vor, der in seinem Fahrzeug verbaute Motor verfüge über mehrere unzulässige manipulierende Abschaltvorrichtungen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG. Durch die verschiedenen Abschaltvorrichtungen würden die Emissionswerte auf dem Prüfstand von denen im Realbetrieb stark abweichen.

## 6

In dem Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei eine Software eingebaut, die aufgrund verschiedener Parameter, wie Temperatur, Drehzahl, Leistung bzw. Beschleunigung, Geschwindigkeit, Ausschalten der sogenannten-Nebenverbraucher, Lenkwinkelschlag und Zeit, die Prüfsituation auf dem Rollenprüfstand erkenne und in diesem Fall die Abgasrückführung voll einsetze, während im normalen Straßenverkehr die Abgasrückführung durch Abschaltvorrichtungen reduziert oder ganz deaktiviert werde. Dies werde insbesondere durch den Einsatz eines Thermofensters erreicht, welches für den Fall, dass die Außentemperaturen nicht zwischen 17° C und 33° C lägen, die Abgasrückführung bis zur vollständigen Einstellung sukzessive drosselt.

## 7

Darüber hinaus habe die Beklagte auch das OBD-System manipuliert und neben dem Thermofenster verwende sie eine weitere Abschaltvorrichtung, sog. „hard cycle beating.“

## 8

Der Kläger trägt vor, er hätte das streitgegenständliche Fahrzeug nie erworben, wenn er gewusst hätte, dass die gesetzlich normierten Mindestanforderungen für die Emissionsbegrenzung nicht erfüllt seien. Ihm sei es wichtig gewesen, ein wertstabiles, technisch einwandfreies Fahrzeug zu erwerben. Aufgrund der eingebauten Motorsteuerung sei das Fahrzeug mangelhaft und habe einen Wertverlust erlitten. Zudem könne jederzeit die Zulassung widerrufen werden, da die erteilte EU-Typengenehmigung aufgrund der unzulässigen Software hinfällig sei. Da die Beklagte das streitgegenständliche Fahrzeug unter Verschweigen der unzulässigen Motorsteuerungssoftware in den Verkehr gebracht habe, stehe dem Kläger ein Schadensersatzanspruch u.a. aus §§ 826, 31 BGB zu. Der Kläger habe durch die Täuschung einen für ihn nachteiligen Kaufvertrag in Form einer „ungewollten“ Verbindlichkeit geschlossen und sei daher gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht geschlossen. Ihm sei daher der gezahlte Kaufpreis zu erstatten, wobei eine Nutzungsentschädigung auf Basis einer angenommenen Gesamtleistung von 500.000 km abzuziehen sei.

## 9

Weiterhin meint der Kläger, die Beklagte sei mit der Annahme des ordnungsgemäß angebotenen Fahrzeugs in Verzug geraten. Die Beklagte sei ferner zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verpflichtet, die der Kläger aufgrund einer 1,5-Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von 27.789,50 € auf 1.728,48 € beziffert.

## 10

Der Kläger beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 27.789,50 € nebst Zinsen aus 27.789,50 € hieraus in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 21.12.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs BMW 218 d,
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 7.485,64 € Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs BMW 218d, FIN:
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag I genannten Fahrzeugs seit dem 21.12.2021 in Verzug befindet.
4. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 1.728,48 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

## 11

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

## 12

Die Beklagte trägt vor, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen verbaut seien. Die Behauptungen der Klagepartei seien insoweit unsubstantiiert und würden ins Blaue hinein erfolgen. Der als Anlage K C3 vorgelegte Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des BMVI habe keine Anhaltspunkte für unzulässige Abschaltvorrichtungen erwiesen. Das streitgegenständliche Fahrzeug halte die gesetzlich vorgegebenen Abgasgrenzwerte der Abgasnorm EURO 6 gerade ein.

**13**

„Realbedingungen“ seien erst Bestandteil der Genehmigungsvoraussetzungen ab der Abgasnorm Euro 6d-temp, so dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht so beschaffen sein müsse, dass die am Prüfstand gemessenen Werte auch unter jedweden Realbedingungen eingehalten werden müssten. Für das streitgegenständliche Fahrzeug seien der Messbetrieb im NEFZ maßgeblich. Die nach dem Prüfzyklus NEFZ ermittelten Messwerte des streitgegenständlichen Fahrzeugs würden die erforderlichen Grenzwerte aber gerade einhalten.

**14**

Für die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB gebe es daher keine Grundlage. Der Vortrag der Klagepartei hierzu sei bereits unsubstantiiert. Die pauschale Behauptung einer „illegalen Abschaltvorrichtung“ sei dem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich. Eine Rückrufaktion gebe es nicht. Es fehle jeglicher Vortrag der Klagepartei, welches verfassungsmäßige Organ angeblich zu welchem Zeitpunkt Kenntnis von welchen Tatsachen hatte und den Kläger habe schädigen wollen.

**15**

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, sowie die Sitzungsniederschrift vom 20.05.2022 (Bl. 361 d.A.) ausdrücklich Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

**16**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

A.

**17**

Die Klage ist zulässig, das Landgericht Coburg ist in örtlicher Hinsicht gem. § 32 ZPO und in sachlicher Hinsicht gem. §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG zuständig. Der Erfolgsort der behaupteten unerlaubten Handlung ist der Wohnort des Klägers ..., da dort der Vermögensschaden eingetreten ist. Dieser liegt im Landgerichtsbezirk Coburg.

**18**

Das gem. § 256 I ZPO nötige Feststellungsinteresse hinsichtlich Ziffer 3 des Klageantrags liegt vor angesichts der in Ziffer 1. beantragten Zug-um-Zug-Verurteilung im Hinblick auf die §§ 756, 765 ZPO (vgl. Münchener Kommentar zur ZPO/Becker-Eberhard, 6. Auflage 2020, § 256 Rn. 25). Der Gläubiger kann mit seinem Klageantrag auf Zug-um-Zug-Verurteilung einen Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs des Schuldners verbinden und so eine rechtskräftige, für den Gerichtsvollzieher verbindliche Feststellung im Tenor des Vollstreckungstitels selbst erreichen (vgl. Münchener Kommentar zur ZPO/Heßler, a.a.O., § 756 Rn. 48).

**19**

Die Voraussetzungen der objektiven Anspruchshäufung (§ 260 ZPO) liegen vor.

B.

**20**

Die Klage ist jedoch unbegründet und war daher abzuweisen.

**21**

I. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz gemäß §§ 826, 31, 249 Abs. 1 BGB bzw. §§ 826, 831, 249 Abs. 1 BGB.

**22**

Für das Vorliegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung des Klägers durch die Installation unzulässiger Abschaltvorrichtungen in dessen Fahrzeug von Seiten der Beklagten bietet der klägerische Sachvortrag keine ausreichend schlüssigen und greifbaren Anhaltspunkte.

### 23

1. Sittenwidrig ist ein Verhalten, welches nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, VI ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 15 – zitiert nach juris; OLG Bamberg, 8 U 92/20, Urteil vom 03.02.2021; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

### 24

Als objektiv sittenwidrig wäre das Verhalten der Beklagten im Verhältnis zum Kläger insbesondere dann zu qualifizieren, wenn die Beklagte auf der Grundlage einer für ihren Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes systematisch, langjährig Motoren in den Verkehr gebracht hat, obwohl deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden (vgl. BGH, VI ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 16 – zitiert nach juris; OLG Bamberg, 8 U 92/20, Urteil vom 03.02.2021). Mit der Verwendung der Motoren ging dann nämlich nicht nur eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden einher, sondern auch die Gefahr, dass bei einer Aufdeckung für die betroffenen Fahrzeuge eine Betriebsbeschränkung oder eine Betriebsuntersagung droht. Ein solches Verhalten wäre im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren (vgl. BGH, VI ZR 252/19, Urteil vom 25.05.2020, Rn. 16 – zitiert nach juris; OLG Bamberg, 8 U 92/20, Urteil vom 03.02.2021; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

### 25

2. 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.

### 26

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 Einzeltatsachen haben kann.

### 27

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; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

## **28**

3. Gemessen an diesen Maßstäben erweist sich der klägerische Sachvortrag als unschlüssig, pauschal ins Blaue hinein und ohne ausreichende konkrete Anknüpfungstatsachen. Eine Erhebung der angebotenen Beweise käme deshalb einer unzulässigen Ausforschung gleich. Dies gilt maßgeblich auch deshalb, weil der Kläger die Hinweise des KBA und dessen Feststellungen und Mitteilungen bzw. das Unterlassen einer Beanstandung/eines Rückrufs schlicht ignoriert bzw. als (für ihn) unerheblich abtut.

## **29**

a) Der Vortrag des Klägers stellt im Kern nur darauf ab, dass in einem anderen Motor eines anderen Herstellers nachgewiesenermaßen eine rechtswidrige Abschaltvorrichtung verwendet wurde, um zu behaupten, dass dies auch bei dem in seinem Fahrzeug verbauten Dieselmotor der Beklagten der Fall sein dürfte oder muss und hieraus Nachteile für ihn drohen. Diese Schlussfolgerung ist willkürlich, anhaltslos und nicht belastbar. Den Beweisanträgen auf Erholung von Sachverständigenurteilen ist deshalb nicht nachzukommen (vgl. OLG Bamberg, 1 U 476/20, Beschluss vom 13.04.2021; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

## **30**

Eine substantiierte Auseinandersetzung mit den zu seinem Vortrag im Widerspruch stehenden Feststellungen des KBA erfolgt klägerseits nicht, so dass es an tatsächlichen Anknüpfungspunkten dafür mangelt, dass die klägerischen Behauptungen gleichwohl zutreffend sein könnten.

## **31**

b) Ein amtlicher Rückrufbescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes für Fahrzeuge mit dem Motortyp B47 im Zusammenhang mit deren Emissionsverhalten, der die klägerischen Behauptungen untermauern könnte, liegt unstreitig weder allgemein noch gar für das streitgegenständliche Fahrzeug speziell vor.

## **32**

(1) Im Gegenteil ergibt sich aus dem von Beklagtenseite als Anlagen B 5, B 6 zum Schriftsatz vom 12.05.2022, Seite 6 f. (Bl. 341 d.A.), vorgelegten Mitteilung des KBA vom 30.07.2021 und 22.11.2021, dass der im klägerischen Fahrzeug verbaute Motor B47 durch das Kraftfahrtbundesamt untersucht wurde und unzulässige Abschaltvorrichtungen dabei nicht vorgefunden wurden. Eine (substantiierte) Auseinandersetzung mit diesem konkret auf den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp des Klägers bezogenen Untersuchungsergebnis des Kraftfahrtbundesamts erfolgt seitens der Klägervertreter nicht. Dass das Kraftfahrtbundesamt nach einer Prüfung bestimmte Typen von Fahrzeugen bzw. Dieselmotoren beanstandet hat, andere aber gerade nicht, zeigt, zumal mittlerweile mehr als 5 Jahre seit dem Bekanntwerden der grundsätzlichen Möglichkeit derartiger Manipulation zur Täuschung des KBA vergangen und genug Zeit für den sensiblen Punkt betreffende Nachprüfungen blieb, dass ein Rückruf für Fahrzeuge wie dem hier streitgegenständlichen nicht erfolgen wird, weil es an einer täuschenden Software fehlt (vgl. OLG Bamberg, 8 U 92/20, Urteil vom 03.02.2021; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

## **33**

(2) Durchgreifende Anhaltspunkte, am Ergebnis der Untersuchungen des KBA zu zweifeln, ergeben sich aus dem Sachvortrag des Klägers für die Einzelrichterinnen nicht.

## **34**

c) Auch die Tatsache, dass ein Fahrzeug im normalen Fahrbetrieb höhere Emissionen aufweisen soll 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.

## **35**

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.; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21). Die Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten nach NEFZ ist als Indiz für eine Abschaltvorrichtung, und noch dazu für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstreitigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ungeeignet (vgl. BGH, VII ZR 2/21, Beschluss vom 15.09.2021, Rn. 30 – zitiert nach juris).

### **36**

Die klägerseits zitierten Messergebnisse, etwa aufgrund von Messungen der Deutschen Umwelthilfe, verhelfen damit der Klage nicht zum Erfolg (LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

### **37**

d) Der Vortrag des Klägers führt auch nicht zu einer sekundären Darlegungslast der Beklagten zu den technischen Gegebenheiten der mit dem Motor B47 ausgestatteten Fahrzeuge.

### **38**

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 (so LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

### **39**

4. Unabhängig davon fehlt es auch am Vorliegen eines abgestimmten, vorsätzlichen Vorgehens zur Täuschung des KBA.

### **40**

Es erschließt sich nicht, weshalb die verantwortlichen Personen im Sinne des § 31 BGB in Anbetracht der Tatsache, dass (bis nach erfolgter technischer Prüfung sowie Prüfung der Software und bis heute) die für die Zulassung zuständige Behörde den streitgegenständlichen Motor für in Ordnung hält und eine Entfernung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht für veranlasst sieht, weil eine solche nicht eingebaut ist, in Kenntnis vom Gegenteil davon hätte Abstand nehmen hätte müssen, den Motor in Verkehr zu bringen.

### **41**

Hätte die Beklagte bzw. deren verantwortliche Personen die Ergebnisse behördlicher Überprüfung und das Vorgehen des Kraftfahrbundesamts vorhergesehen, also erkannt, dass der Motor nicht beanstandet wird, fehlt es an einer sittenwidrigen Schädigung und an einem Unwerturteil in Bezug auf die Herausgabe eines nicht zu beanstandenden Motors. Eine Gefahr der Betriebsbeschränkung oder eine Betriebsuntersagung bestand nie, was nun nach den Prüfungen des Kraftfahrbundesamts feststeht (vgl. OLG Bamberg, 8 U 92/20, Urteil vom 03.02.2021; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

### **42**

5. Auch die im Motor des Fahrzeugs nach dem Vortrag des Klägers 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.

### **43**

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.

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):

„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.

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. 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.

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 K C 3, 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.“

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 I 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.“

#### **45**

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

#### **46**

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).

#### **47**

6. Letztendlich handelt es sich bei sämtlichen behaupteten technischen Einrichtungen um solche, die schon nach dem Sachvortrag des Klägers auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise arbeiten. Die Steuerung der Abgasreinigung soll danach im Rahmen des Thermofensters in Abhängigkeit von der Außentemperatur und ansonsten in Abhängigkeit von Geschwindigkeitsgrenzen bzw. Motordrehzahl erfolgen.

#### **48**

Die weitere Behauptung des Klägers, die Beklagte habe in das On-Board-Diagnosesystem (OBD) eingegriffen, um über den Einsatz der Abschaltvorrichtungen zu täuschen, beruht auf der Prämisse, dass es sich bei dem (unterstellten) Thermofenster bzw. den übrigen vage behaupteten Manipulationen um unzulässige, zum alleinigen Zweck der Abgasmanipulation mit sittenwidriger Zielrichtung eingebaute Abschaltvorrichtungen handelt (vgl. OLG Bamberg, 1 U 368/19, Urteil vom 26.11.2020, Rn. 64 – zitiert nach juris). Hiervon ist, wie oben dargelegt, jedoch nicht auszugehen. Durfte aber die Beklagte das Thermofenster zumindest vertretbar für eine zulässige Abschaltvorrichtung halten, durfte sie auch das OBD so ausgestalten, dass es den Einsatz des Thermofensters nicht als Fehler anzeigt (vgl. BGH, VII ZR 2/21, Beschluss vom 15.09.2021, Rn. 18 – zitiert nach juris; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

#### **49**

7. Soweit der Kläger darauf abstellt, ein sog. „hard cycle beating“ im Fahrzeug verbaut sein soll fehlt es jedenfalls an konkreten Ausführungen des Klägers dazu, inwiefern dies mit Schädigungsvorsatz geschehen sein soll. Wenn der Kläger lediglich behauptet, vorherige Verstöße anderer Fahrzeughersteller in den USA seien der Beklagten „natürlich bekannt“ (Klageschrift vom 05.01.2022, S. 61, Bl. 61 d.A.) gewesen und ihr sei bewusst, dass dies eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstelle, ist dieser Vortrag unsubstantiiert und genügt nicht, um eine bewusste Täuschung nachzuweisen.

#### **50**

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

#### **51**

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.

#### **52**

Das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Motors mit einer behaupteten temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung oder den vage behaupteten weiteren unzulässigen Abschaltvorrichtungen ist aus oben genannten Gründen hierfür jedenfalls nicht ausreichend (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; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

#### **53**

III. Dem Kläger steht ferner kein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1 Satz 1, 27 EG-FGV zu. Es fehlt bereits am Schutzgesetzcharakter der letztgenannten Vorschriften (vgl. OLG Bamberg, 1 U

60/20, Urteil vom 09.07.2020; OLG Bamberg, 8 U 276/20, Beschluss vom 10.02.2021 m.w.N.; LG Coburg, Urteil vom 09.02.2022, 13 O 464/21).

**54**

IV. Schadensersatzansprüche des Klägers ergeben sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 UAbs. 2, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

**55**

Das vom Kläger mit der begehrten Rückabwicklung des Kaufvertrages geltend gemachte wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht wird von der vorgenannten Verordnung nicht geschützt (vgl. BGH, VI ZR 5/20, Urteil vom 30.07.2020, Rn. 10 ff. – zitiert nach juris).

**56**

V. Da die Beklagte zur Entgegennahme des streitgegenständlichen Pkws nicht verpflichtet war, befindet sie sich nicht in Annahmeverzug. Der auf Feststellung des Annahmeverzugs gerichtete Antrag zu Ziffer 3 war daher abzuweisen.

**57**

VI. Mangels Hauptanspruchs hat der Kläger zudem weder einen Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten, noch einen Anspruch auf Zinsen, seien es Deliktzinsen oder Rechtshängigkeitszinsen.

C.

**58**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.