

**Titel:**

**Schadensersatzklage, Thermofenster, Abschaltvorrichtung, Sittenwidrigkeit, Schädigungsvorsatz, Berufungsverfahren, Darlegungs- und Beweislast**

**Schlagworte:**

Schadensersatzklage, Thermofenster, Abschaltvorrichtung, Sittenwidrigkeit, Schädigungsvorsatz, Berufungsverfahren, Darlegungs- und Beweislast

**Vorinstanz:**

LG Würzburg, Urteil vom 02.09.2021 – 14 O 840/21

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 21.03.2022 – 3 U 362/21

BGH, Urteil vom 23.09.2025 – VIa ZR 544/22

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 02.09.2021 im Beschlussverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 48.627,99 € festzusetzen.
2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis längstens 01.03.2022.

**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 mit „Mietkauf-Vertrag“ vom 21./22.11.2017, auf den wegen seiner weiteren Inhalte Bezug genommen wird, von einem nicht am Rechtsstreit beteiligten Autohaus ein Gebrauchtfahrzeug der Marke B., Typ X5 xDrive40d zum Kaufpreis von 56.400,38 € brutto bzw. 47.395,28 € netto. Zum Zeitpunkt des Kaufs betrug der Kilometerstand des Fahrzeugs 35.874 km, zum 23.08.2021 betrug er nach den Angaben der Klagepartei 99.834 km. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs N 57 ausgestattet. Das Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt betroffen.

3

2. 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 (Thermofenster, Manipulation der AdBlue-Dosierung, Hard Cycle Beating). Zudem sei das On-Board-Diagnosesystem manipuliert worden. Auf dieser Grundlage hat die Klagepartei in erster Instanz zuletzt beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 48.627,99 nebst Zinsen aus Euro 49.579,97 hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 13.04.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs B. X5, FIN: ....

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 7.565,38 Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs B. X5, FIN: ....

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag I genannten Fahrzeugs seit dem 13.04.2021 in Verzug befindet.

4. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 2.306,82 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

3. Die Beklagte ist dem Vortrag der Klagepartei in erster Instanz entgegengetreten und hat Klageabweisung beantragt.

4. Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 02.09.2021 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klagepartei habe bereits nicht substantiiert dargelegt, dass der im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Motor über unzulässige Abschaltvorrichtungen verfüge. Die Behauptungen zu sämtlichen Abschaltvorrichtungen stellten sich als Behauptungen „ins Blaue hinein“ dar und die angebotenen Beweismittel seien unzulässige Ausforschungsbeweise. Hinsichtlich eines etwaigen „Thermofensters“ gelte zudem, dass diesbezüglich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur gerechtfertigt wäre, wenn zu einem etwaigen Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Ausreichende Anhaltspunkte für solche Umstände habe die Klagepartei nicht aufgezeigt.

#### 4

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

#### 5

5. Gegen das vorgenannte Endurteil wendet sich die zulässige Berufung der Klagepartei, mit der sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihre Sachanträge weiterverfolgt. Sie trägt im Wesentlichen vor, dass das Landgericht die Substantiierungsanforderungen überspannt habe. Über den Vortrag in erster Instanz hinaus behauptet die Klagepartei nunmehr auch das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form des „Kaltaufheizens“ oder „Kaltstartheizens“.

#### 6

Die Klagepartei beantragt,

unter Abänderung des am 02.09.2021 verkündeten Urteils:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 48.627,99 nebst Zinsen aus Euro 48.627,99 hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 13.04.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs B. X5, FIN: ....

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 7.651,91 Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs B. X5, FIN: ....

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag I genannten Fahrzeugs seit dem 13.04.2021 in Verzug befindet.

4. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 2.306,82 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

6. Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil unter ausführlicher Darlegung der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Sie beantragt die Zurückweisung der Berufung.

#### 7

Wegen des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren im Übrigen wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen.

II.

#### 8

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.

## 9

1. Ein Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagten nach § 826 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.

## 10

(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 heute bestehende! – unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters unabhängig vom konkret verwendeten Typ des Dieselmotors und herstellerübergreifend (zu D.: u.a. Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721; zu V.: Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814; zu A.: Beschluss vom 01.09.2021, VII ZR 128/21, juris; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 164/21, juris; zu B.: 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:

## 11

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 zugunsten der Klagepartei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, 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, 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).

## 12

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). 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 – Abschaltvorrichtung 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 Fahrzeugkäufer in der Bewertung gleich.

## 13

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.

## 14

Daher reicht allein der Vortrag der Klagepartei, die Abgasrückführung, werde nur in einem Temperaturbereich zwischen +17 und + 33° C zu 100% vorgenommen, bei über + 33° C Außentemperatur werde die Abgasrückführung vollständig deaktiviert, ebenso wie unter – 11 °C und zwischen -11 °C und + 17 °C werde die Abgasrückführung temperaturabhängig iterativ reduziert (Seiten 82 und 83 der Berufungsbegründung), nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben.

## 15

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).

## 16

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 Abschaltvorrichtung 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 Verkenntung 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).

## 17

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

## 18

(1) Die Klagepartei hat nicht dargelegt, dass es sich bei dem Thermofenster um eine prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung handelt. Zwar ist denkbar, dass eine Abschaltvorrichtung die Kriterien des § 826 BGB auch dann erfüllt, wenn sie nicht prüfstandsbezogen ist. Das Kriterium der Prüfstandsbezogenheit ist indes geeignet, um zwischen – ggf. nur unzulässigen – Abschaltvorrichtungen und solchen, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, zu unterscheiden sowie um aus der Funktionsweise der Abschaltvorrichtung auf eine als sittenwidrig zu bewertende Täuschungsabsicht der Beklagten schließen zu können (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038 Rn. 18 f.).

## 19

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, juris Rn. 19).

## 20

Soweit die Klagepartei behauptet, der Temperaturbereich des Thermofensters sei auf die Bedingungen auf dem Prüfstand zugeschnitten, hat sie die Ausgestaltung des Thermofensters schlüssig und in prozessual beachtlicher Weise vorzutragen (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 20, 24; Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, juris Rn. 14; Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 101/21, juris Rn. 17). Von einer Abschaltvorrichtung, die exakt auf die Prüfbedingungen im NEFZ abgestimmt ist, kann indes

schon nach dem oben dargestellten eigenen Vortrag der Klagepartei ersichtlich keine Rede sein (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 24).

## 21

(2) Nicht ausreichend ist ferner der Vortrag der Klagepartei, die Beklagte habe das Thermofenster gegenüber dem KBA „nicht angegeben“.

## 22

Auch aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Nach dem eigenen Vorbringen der Klagepartei hat die Beklagte dem KBA mitgeteilt, die Abgasrückführung sei von der „Temperatur“ abhängig (Seite 99 der Berufungsbegründung). Selbst wenn die Beklagte dabei – erforderliche – Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen. Anhaltspunkte für wesentlich 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, sind nach alledem nicht zu erkennen (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 26).

## 23

(3) Soweit sich die Klagepartei wiederholt und prominent auf ein Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 31.03.2020, Az. 7 O 67/19, beruft, ist anzumerken, dass dieses Urteil durch das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 22.07.2021, Az. 22 U 97/20, aufgehoben wurde.

## 24

b) Dem Sachvortrag der Klagepartei lässt sich zudem nicht entnehmen, dass die Beklagte mit Schädigungsvorsatz gehandelt hätte.

## 25

Bei einer Abschaltvorrichtung, die – wie hier – im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 30). Die Rechtslage hinsichtlich der Zulässigkeit eines Thermofensters ist – bis heute – zweifelhaft. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt aber für eine Haftung der Beklagten nicht (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 31 f.). Auch folgt allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung des Klägers hätte aufdrängen müssen (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 32).

## 26

2. Ein Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagte wegen der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in Form einer Manipulation der AdBlue-Dosierung, Hard Cycle Beating oder Kaltaufheizern/Kaltstartheizern besteht ebenfalls nicht. Zu Recht hat das Landgericht den diesbezüglichen Vortrag der Klagepartei als prozessual unbeachtlich angesehen (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). Es ist dabei schon im Ansatz verfehlt, wie die Klagepartei zur Darlegung einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung auf die Voraussetzungen, unter denen ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB vorliegen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19 Rn. 9 ff., ZIP 2020, 486), abzustellen (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20, juris Rn. 16). Darauf, ob der Vortrag im Hinblick auf die Annahme eines Sachmangels nach kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht gemäß § 434 BGB als substantiiert zu erachten wäre (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 a.a.O.), kommt es für die hier erforderliche Substantiierung der Voraussetzungen eines Anspruchs wegen sittenwidriger vorsätzlicher

Schädigung gemäß § 826 BGB nicht an (BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 165/21, juris Rn. 14; Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 72/21, juris Rn. 14). Bei dieser Bewertung hat der Senat den Vortrag der Klagepartei in erster Instanz und im Berufungsverfahren zur Kenntnis genommen und erwogen. Im Einzelnen ist hierzu anzumerken:

## **27**

a) Es bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob der Vortrag der Klagepartei zur Funktion Keltaufheizern/Kaltstartheizern sowie die Vorlage des Gutachtens Anlage BK 5 verspätet ist. Dieser Vortrag erfolgt, ohne dass eine Entschuldigung hierfür vorgetragen wäre oder sonst ersichtlich ist, erstmals in der Berufungsinstanz. Die Anlage BK 5 trägt ein Datum, das zeitlich vor der mündlichen Verhandlung in erster Instanz liegt, sodass es nicht ausgeschlossen erscheint, dass der Sachverhalt bereits in die erste Instanz hätte eingeführt werden können. Gleichwohl bezieht sich das Gutachten Anlage BK 5 auf andere Motortypen als den im Streitfall in Rede stehenden Motor N 57, sodass eine Übertragbarkeit der dortigen Feststellungen auf den vorliegenden Sachverhalt nicht ersichtlich ist.

## **28**

b) Im Übrigen gilt:

– Dass Fahrzeuge der Beklagten mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehen sein mögen, begründet kein Indiz dafür, dass dies ebenfalls auf das hier streitgegenständliche Fahrzeug zutrifft (BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 165/21, juris Rn. 14);

– Es ist anhand des Vortrags der Klagepartei nicht nachvollziehbar, weshalb der Rückruf von Fahrzeugen des Typs 750 und M 550 durch das KBA erfolgt ist und welche Relevanz dieser Rückruf für den Streitfall hat. Dem ausführlichen Sachvortrag der Beklagten hierzu ist die Klagepartei nicht entgegengetreten.

– 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 (BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 23);

– Es erschließt sich dem Senat nicht, welche Bedeutung Leitlinien (Anlage K E 7) aus dem Jahr 2017 für ein im Jahr 2014 in Verkehr gebrachtes Fahrzeug entfalten können.

## **29**

3. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB besteht aus Rechtsgründen nicht (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 18, 23, 24; Urteil vom 08.12.2020, VI ZR 244/20, ZIP 2021, 84 Rn. 20).

## **30**

4. Der Klaganspruch ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV, weil es sich bei den Vorschriften der EG-FGV nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt (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). Entsprechendes gilt für einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 VO 715/2007/EG (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 15; Urteil vom 08.12.2020, VI ZR 244/20, ZIP 2021, 84 Rn. 20; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, Rn. 10, juris; Urteil vom 23.03.2021, VI ZR 1180/20, juris Rn. 19; vgl. auch BGH, Urteil vom 23.09.2021, III ZR 200/20, juris Rn. 14).

III.

## **31**

Die Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Verhandlung.

## **32**

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

## **33**

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).