

**Titel:**

**Schadensersatz, Marke, Sittenwidrigkeit, Kaufpreis, Annahmeverzug, Rechtsanwaltskosten, Fahrzeug, Berufung, Anrechnung, betrug, Revision, Herausgabe, Feststellung, Pkw, Zug um Zug, Zulassung der Revision, sittenwidrige Handlung**

**Schlagworte:**

Schadensersatz, Marke, Sittenwidrigkeit, Kaufpreis, Annahmeverzug, Rechtsanwaltskosten, Fahrzeug, Berufung, Anrechnung, betrug, Revision, Herausgabe, Feststellung, Pkw, Zug um Zug, Zulassung der Revision, sittenwidrige Handlung

**Vorinstanz:**

LG Hof, Endurteil vom 25.03.2021 – 36 O 422/19

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 20.05.2022 – 10 U 116/21

BGH, Urteil vom 18.11.2025 – VIa ZR 851/22

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Hof vom 25.03.2021 im Beschlussverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.
2. Der Senat beabsichtigt ferner, den Streitwert für das Verfahren in erster Instanz und für das Berufungsverfahren jeweils auf bis zu 40.000,00 € festzusetzen.
3. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis längstens 19.05.2022. Binnen gleicher Frist besteht Gelegenheit zur Stellungnahme dazu, ob die mit Schriftsatz vom 27.09.2021 eingelegte, beim Senat unter dem Aktenzeichen 10 W 2/21 (vormals 3 W 61/21) anhängige Streitwertbeschwerde zurückgenommen wird.

**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 ...2015 – nach der Feststellung des Landgerichts – von einem Autohaus ein Gebrauchtfahrzeug der Marke X., Typ A. zum Kaufpreis von 37.500,00 € (Anlagen K 1a und 1b). Zum Zeitpunkt des Kaufs betrug der Kilometerstand des Fahrzeugs 15.000 km, zum 23.02.2021 betrug er 90.584 km. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs OM 651 Euro 5 ausgestattet. Das Fahrzeug ist 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, Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, „sonstige“ Funktionalitäten). Auf dieser Grundlage hat die Klagepartei in erster Instanz zuletzt beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 37.500,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges X. A., FIN ..., zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 07.04.2015, die sich nach folgender Formel berechnet: (37.500,00 EUR x gefahrene Kilometer) : 485.000 km.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.590,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw des Klägers, X. A., FIN ..., in Annahmeverzug befindet.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs X. A., FIN ..., mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen.

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 25.03.2021 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit einem Thermofenster stelle sich jedenfalls zumindest nicht als subjektiv sittenwidrige Handlung dar. Entsprechendes gelte für die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung. Zudem fehle es am Schädigungsvorsatz, da aufgrund der zweifelhaften Rechtslage nicht feststellbar ist, dass die Beklagte in Kauf genommen hat, einem anderen einen Schaden zuzufügen.

Wegen des Sach- und Streitstands in erster Instanz im Übrigen wird Bezug genommen auf die Feststellungen im angegriffenen Ersturteil (§ 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO).

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.

#### 4

Die Klagepartei beantragt,

unter Abänderung des am 25.03.2021 verkündeten und am 25.03.2021 zugestellten Urteil des Landgerichts Hof – 36 O 422/19 –

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 37.500,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges X. A., FIN ..., zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 07.04.2015, die sich nach folgender Formel berechnet: (37.500,00 EUR x gefahrene Kilometer) : 485.000 km.

2. die Beklagte weiter zu verurteilen, an den Kläger die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.590,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw des Klägers, X. A., FIN ..., in Annahmeverzug befindet.

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs X. A., FIN ..., mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen.

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

#### 5

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

II.

#### 6

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. Die von der Klagepartei geltend gemachten deliktischen Ansprüche bestehen nicht.

**7**

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

**8**

(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 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. 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).

**9**

Im Hinblick auf das nur äußerst knappe Vorbringen in der Berufungsbegründung zum „Thermofenster“ sieht der Senat diesbezüglich derzeit keinen weiteren Erörterungsbedarf.

**10**

2. Ansprüche der Klagepartei gegen die Beklagte nach den vorgenannten Anspruchsgrundlagen wegen der Verwendung einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) bestehen ebenfalls nicht. 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). Dies gilt selbst dann, wenn das Fahrzeug der Klagepartei von einem Rückruf durch das KBA betroffen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, juris Rn. 14).

**11**

a) Es kann zugunsten der Klagepartei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass die KSR als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist, denn auch dann wäre der darin liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Dazu bedürfte es vielmehr weiterer Umstände (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, juris Rn. 12; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 179/21, juris Rn. 22; Beschluss vom 10.11.2021, VII ZR 415/21, juris Rn. 27). Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt auch in diesen Fällen jedenfalls voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der die Abgasemissionen beeinflussenden Einrichtung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, Beschluss vom 10.11.2021, VII ZR 415/21, juris Rn. 27 m.w.N.).

**12**

b) Ein solches Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen hat die Klagepartei nicht dargelegt.

**13**

aa) Die KSR arbeitet auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, juris Rn. 17). Dies gesteht auch die Klagepartei zu (vgl. Seiten 7, 9 und 14 der Berufungsbegründung), auch wenn zwischen den Parteien im Streit steht, wie häufig die KSR im Normalbetrieb arbeitet.

**14**

bb) Eine – abweichend hiervon bestehende – Prüfstandsbezogenheit der KSR hat die Klagepartei nicht schlüssig dargelegt. Die Klagepartei hat zwar umfangreich zu den Parametern vorgetragen, von denen die KSR abhängt. Sie hat indes auch eine amtliche Auskunft des KBA vorgetragen, wonach dieses die KSR – trotz Rückruf! – ausdrücklich nicht als Prüfstanderkennung bezeichnet (Seite 16 der Berufungsbegründung). Damit kann aus der „Anlehnung“ der KSR an die Bedingungen des Prüfstands nichts für das Vorstellungsbild der Beklagten hergeleitet werden.

**15**

cc) Soweit die Klagepartei vorträgt, die Beklagte habe die KSR gegenüber dem KBA „nicht offengelegt“ (Seiten 23 ff., 27 ff. der Berufungsbegründung) und sich so die Typpenehmigung „erschlichen“, verfährt dies ebenfalls nicht. Entgegen dem Vortrag der Beklagten zu einer angeblichen Offenbarungspflicht hat die Beklagte unwidersprochen vorgetragen, dass das KBA weder eine Verpflichtung zur Offenlegung der KSR angenommen noch eine solche erwartet hat.

**16**

c) Jedenfalls aber lässt sich ein Schädigungsvorsatz der Beklagten nicht feststellen. Allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtungen folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer.

**17**

Gegen einen solchen spricht schon die unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit der KSR (BGH, Beschluss vom 10.11.2021, VII ZR 415/21, juris Rn. 35 und 37; Beschluss vom 12.01.2022, VII ZR 424/21, juris Rn. 38). Das KBA hat zudem – obwohl die KSR nach dem eigenen Vortrag der Klagepartei in allen Fahrzeugen gleich ist (Seiten 17 und 32 der Berufungsbegründung) – die KSR teilweise nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung eingestuft und dementsprechend von Rückrufen abgesehen, obwohl es die KSR in anderen von der Beklagten hergestellten Fahrzeugtypen mit teilweise demselben Dieselmotortyp beanstandet hat. Warum bei dieser Sachlage der Beklagten ein wenigstens billiges Inkaufnehmen eines Gesetzesverstosses, welches Voraussetzung für eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung gemäß § 826 BGB ist, vorzuwerfen sein soll, erschließt sich nicht (BGH, Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 179/21, juris Rn. 23; Beschluss vom 10.11.2021, VII ZR 415/21, juris Rn. 37; Beschluss vom 12.01.2022, VII ZR 424/21, juris Rn. 38).

**18**

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).

**19**

4. Der Klageanspruch 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).

**20**

5. Hinsichtlich der „sonstigen Funktionalitäten“ (Seite 7 der Klageschrift), zu denen sich die Berufungsbegründung nicht weiter verhält, sieht der Senat derzeit keinen weiteren Erörterungsbedarf.

III.

**21**

Die Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Verhandlung.

**22**

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Voraussetzungen einer Haftung nach § 826 BGB sind höchstrichterlich sein langem geklärt. Hinsichtlich der Entwicklung und des Einsatzes einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 hat der Bundesgerichtshof die Voraussetzungen durch zahlreiche Entscheidungen weiter konkretisiert (grundlegend BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316). Ob die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten vorliegen, hängt vom Sachvortrag der Parteien und den darauf gründenden tatrichterlichen Feststellungen ab. Rechtsfragen – insbesondere solche, die Gegenstand einer grundsätzlichen Klärung durch den Bundesgerichtshof sein könnten – stellen sich in diesem Zusammenhang nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 223/20, juris Rn. 8; Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 45/21, juris Rn. 8; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 179/21, juris Rn. 9; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 295/20, juris Rn. 9; Beschluss vom 21.03.2022, VIa ZR 334/21, juris Rn. 13).

**23**

Der Streitwert ist für beide Instanzen auf bis zu 40.000,00 € festzusetzen. Für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der den jeweiligen Streitgegenstand betreffenden Antragstellung maßgebend, die den Rechtszug einleitet (§ 40 GKG). Daher sind in erster Instanz die in der Klageschrift gestellten Anträge und davon der Klageantrag Ziffer 1 (37.500,00 €, vgl. § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG) und der Klageantrag Ziffer 4 (800,00 €, vgl. BGH, Beschluss vom 26.01.2021, VIII ZR 369/19, juris Rn. 19 f.) maßgeblich. Der Streitwert des Berufungsverfahrens entspricht dem Streitwert in erster Instanz.

**24**

Der Senat regt daher – unbeschadet der Möglichkeit zur Stellungnahme – die kostengünstigere Rücknahme der Berufung an, die zwei Gerichtsgebühren spart (vgl. Nr. 1220, 1222 Kostenverzeichnis GKG).