

**Titel:**

**Keine Schadensersatzanspruch des Erwerbers eines Dieselfahrzeugs mit Thermofenster**

**Normenkette:**

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

Fahrzeugemissionen-VO Art. 5 Abs. 2 S. 1

**Leitsätze:**

1. Beim Einsatz eines Thermofensters unterscheidet die Steuerung der Abgasrückführung nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Sie weist keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Dies reicht für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für den Hersteller handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Fahrzeughersteller kann zu seiner Entlastung auch darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)
3. Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)
4. Eine Entlastung setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschalteinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschalteinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt. Haben mehrere Abschalteinrichtungen Verwendung gefunden, muss der Tatrichter die Einzelheiten der konkret verwendeten Kombination für die Frage einer hypothetischen Genehmigung in den Blick nehmen. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Schadensersatz, sittenwidrige Schädigung, Schutzgesetz, Kfz-Hersteller, Dieselskandal, unzulässige Abschalteinrichtung, EA 288, Thermofenster, Verbotsirrtum

**Vorinstanz:**

LG Bamberg, Urteil vom 21.12.2021 – 42 O 192/21

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 21.12.2021, Az. 42 O 192/21, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und den Streitwert für die Berufung auf 51.667,71 € festzusetzen.
2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis 15.09.2023.

**Entscheidungsgründe**

1

Die Parteien streiten um Ansprüche im Zusammenhang mit der sogenannten Dieseldiagnostik.

2

Der Klägerin erwarb am 21.03.2018 einen PKW VW T6 2.0 TDI EU6 zum Kaufpreis von 57.700,00 €. In dem Fahrzeug war ein Motor der Beklagten vom Typ EA 288 verbaut. Für dieses Fahrzeug liegt kein

verpflichtender Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes vor. Mit der Klage begehrt die Klagepartei Schadensersatz wegen behaupteter Manipulationen am Abgassystem.

**3**

Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 21.12.2021 abgewiesen. Es finde sich kein ausreichender Sachvortrag der Klägerin hinsichtlich unzulässiger Abschalteneinrichtungen. Das Fahrzeug sei nicht von einer Rückrufaktion betroffen. In der Verwendung des Thermofensters liege keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung oder vorsätzliche Täuschung der Genehmigungsbehörde.

**4**

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen, § 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO.

**5**

Hiergegen wendet sich die Berufung der Klagepartei. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts habe die Klägerin schlüssig und substantiiert vorgetragen. Das Verhalten der Beklagten sei danach als sittenwidrig zu bewerten. Aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Bedatung sei von einer Differenzierung der Emissionsreduzierungsstrategien und einer Verringerung der Emissionsreduzierungsleistung zulasten des realen Fahrbetriebs auszugehen. Das KBA habe bei seiner Prüfung nicht sämtliche Unterlagen zum streitgegenständlichen Motortyp übermittelt bekommen.

**6**

Die Klagepartei beantragt,

unter Abänderung des am 21.12.2021 verkündeten, am 23.12.2021 zugestellten Urteils des Landgerichts Bamberg, Aktenzeichen 42 O 192/21,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von 51.667,71 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.06.2021 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs VW T6 2.0 TDI, Fahrzeugidentifikationsnummer

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des bezeichneten Fahrzeugs im Annahmeverzug befindet,

3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei weitere 2.162,23 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

**7**

Die Beklagtenpartei beantragt,

Die Berufung der Klagepartei wird zurückgewiesen.

**8**

Die Beklagte verteidigt das Ersturteil.

**9**

Ergänzend wird auf die Berufungsbegründung vom 21.01.2022 und die Berufungserwiderung vom 03.05.2022 verwiesen.

**10**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung einstimmig durch Beschluss zurückzuweisen, weil sie nach derzeitigem Sach- und Streitstand aussichtslos und offensichtlich unbegründet ist, § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Auch liegen die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO vor.

**11**

Der Senat nimmt daher zunächst auf die zutreffenden Feststellungen im Ersturteil Bezug, die durch das Berufungsvorbringen auch nicht entkräftet werden.

**12**

Ausgehend von den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen ist das angegriffene Urteil in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Zu Recht wurde ein Schadensersatzanspruch abgelehnt.

### 13

1. Ein Anspruch gemäß §§ 826, 31 BGB scheidet aus. Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine objektiv sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB hat die Klagepartei nicht hinreichend vorgetragen (a). Überdies fehlt es am Schädigungsvorsatz der Beklagten (b).

a)

### 14

Das Verhalten der Beklagten ist bereits nicht objektiv sittenwidrig.

### 15

aa) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das 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 zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 30.07.2020 – ZR 5/20, Rn. 29, juris).

### 16

Die Grundsätze für das Vorliegen einer objektiven Sittenwidrigkeit bei Manipulationen der Abgasbehandlung von Fahrzeugen hat der Bundesgerichtshof in der Grundsatzentscheidung BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – ZR 252/19 dargelegt. Danach setzt eine objektive Sittenwidrigkeit das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung (a.a.O. Rn. 17, juris), eine besondere Verwerflichkeit des Handelnden (a.a.O. Rn. 18, juris) und die Gefahr der Betriebsbeschränkung oder -untersagung (a.a.O. Rn. 19, juris) voraus.

### 17

Die besondere Verwerflichkeit besteht, wenn dem Kraftfahrtbundesamt vorgespiegelt wird, das Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen (a.a.O. Rn. 18, juris) oder im Typengenehmigungsverfahren unzutreffende Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems gemacht werden (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – ZR 433/19 –, Rn. 22, juris) oder bei einem implantierten Thermofenster weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, Beschluss vom 09. März 2021 – ZR 889/20 –, Rn. 28, juris).

### 18

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, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – ZR 101/21 –, Rn. 23, juris, m.w.N.).

### 19

Darüber hinaus setzt die objektive Sittenwidrigkeit voraus, dass die Verantwortlichen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Beschluss vom 09. März 2021 – ZR 889/20 –, Rn. 28, juris). Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen die Klagepartei als Anspruchstellerin (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – ZR 433/19 –, Rn. 19, juris).

### 20

Die Sittenwidrigkeit kann sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens der Beklagten unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen ergeben (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – ZR 252/19 –, Rn. 16). Die Darlegungs- und Beweislast für die die Haupttatsache stützenden Indiztatsachen trägt dabei die Partei, die auch die Haupttatsache zu beweisen hat (BGH, Urteil vom 23. September 2020 – KZR 35/19 –, Rn. 58, juris).

### 21

bb) Es fehlt vorliegend schon an der Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung wegen einer in der Motorsteuerungssoftware implementierten unzulässigen Abschaltvorrichtung.

## 22

Die Dieselmotorthematik ist seit längerem in der Diskussion und Gegenstand der Prüfung durch das Kraftfahrtbundesamt (KBA). Nachdem im vorliegenden Fall durch das KBA kein verpflichtender Rückruf angeordnet wurde, ist davon auszugehen, dass die Motorsteuerungssoftware im gegenständlichen Motortyp keinen Anlass für Beanstandungen gibt. Damit ist für den Senat nicht erkennbar, weshalb von einer Gefahr der Betriebsbeschränkung oder -untersagung auszugehen sein soll. Konkrete Anhaltspunkte dafür hat die Berufung nicht dargelegt.

## 23

Hierfür reicht es auch nicht aus, dass auf verpflichtende Rückrufe für andere Fahrzeugtypen verwiesen wird. Ein Vortrag, dass hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeuges ein verpflichtender Rückruf vorliegt, findet sich nicht.

## 24

cc) Unter Zugrundelegung des klägerischen Vortrags ist nach Auffassung des Senats nicht auf eine besondere Verwerflichkeit im Handeln der Beklagten zu schließen.

## 25

Der Einsatz eines sogenannten Thermofensters ist nicht mit der Fallkonstellation zu vergleichen, die dem Urteil des BGH vom 25. Mai 2020 – ZR 252/19 – zum Motortyp EA 189 zugrunde liegt. Bei dem Einsatz eines Thermofensters wie im vorliegenden Fall fehlt es an einem derartigen arglistigen Vorgehen des beklagten Automobilherstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – ZR 433/19 –, Rn. 17, juris).

## 26

Nach der von der Klagepartei beschriebenen Funktionsweise des Thermofensters unterscheidet die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Sie weist keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Dies reicht für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben.

## 27

Dabei kann unterstellt werden, dass ein Thermofenster als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist. Der darin liegende – unterstellte – Gesetzesverstoß reicht aber nicht aus, um das Gesamtverhalten der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren (BGH, Beschluss vom 09. März 2021 – ZR 889/20 –, Rn. 26, juris).

## 28

Hinsichtlich weiterer beschriebener Funktionen der Motorsteuerungssoftware gelten die gleichen Grundsätze wie beim Thermofenster. Auch diese Funktionen arbeiten beim realen Fahrbetrieb in gleicher Weise wie in der Prüfstandssituation. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand) entspräche die Rate der Abgasrückführung danach im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand (OLG München, Beschluss vom 08. April 2021 – 8 U 4122/20 –, Rn. 25, juris). Es liegt damit gerade kein System der Prüfstandserkennung vor (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – ZR 190/20 –, Rn. 19, juris).

## 29

Entscheidend ist vorliegend, dass sich kein Vortrag dazu findet, welche Motorfunktionen und Abgasregelungen sich bei denselben Umgebungsparametern im Prüfstand anders verhalten als im realen Fahrbetrieb, sodass die Abschaltvorrichtung ausschließlich auf dem Prüfstand das Abgasverhalten beeinflusst.

## 30

Etwas anderes gilt auch nicht für die Funktion der Zyklus-Erkennung. Nach der klägerischen Darstellung wird dabei das Abgasverhalten in Abhängigkeit von Parametern geregelt, die typischerweise bei Durchlaufen des NEFZ-Zyklus auftreten. Letztlich wird dadurch eine Optimierung der Abgasbehandlung bei Einhaltung der Vorgaben im Zyklus erreicht. Bei gleicher Fahrweise im realen Fahrbetrieb ergibt sich allerdings keine abweichende Abgasbehandlung. Für diese Optimierung gelten daher die gleichen

Grundsätze wie beim Thermofenster. Auch eine „Optimierung“ an die Prüfbedingungen lässt noch keinen zwingenden Schluss auf eine objektiv sittenwidrige Handlung der Beklagten zu, solange die Abschaltvorrichtung nicht ausschließlich auf dem Prüfstand greift (BGH, Beschluss vom 23.02.2022 – ZR 602/21 Rn. 25).

### 31

Auch lässt sich nicht aus unterschiedlichen Abgaswerten im Realbetrieb im Gegensatz zum Prüfzyklus auf das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung schließen. Aufgrund der unterschiedlichen äußeren Bedingungen ist eine Vergleichbarkeit nicht gegeben. Der Hinweis auf Diskrepanzen zwischen Stickoxidemissionen unter Prüfstandbedingungen, die nach damaliger Rechtslage (Euro-5-Norm) zur Erlangung der Typgenehmigung allein maßgeblich waren, und unter normalen Betriebsbedingungen auf der Straße genügt nicht (BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – ZR 128/20 –, Rn. 23, juris).

### 32

Weitere Umstände, die auf ein verwerfliches Handeln der verantwortlichen Personen bei der Beklagten schließen lassen, werden von der Klagepartei nicht vorgetragen. Der Vortrag lässt vermissen, welche verantwortlich handelnden Personen konkret bei welcher Gelegenheit über das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung getäuscht haben und welches Vorstellungsbild sie dabei hatten.

### 33

dd) Für eine Täuschung des KBA im Typgenehmigungsverfahren ist nichts vorgetragen. Allein aus der Unkenntnis des KBA von einer Abschaltvorrichtung kann nicht auf eine Täuschungshandlung der Beklagten geschlossen werden. Zur Täuschung durch aktives Tun trägt die Klagepartei nichts vor. Eine Täuschung durch Unterlassen setzt eine Offenbarungspflicht voraus. Diese kann dem klägerischen Vortrag nicht entnommen werden.

### 34

Der Vortrag der Klagepartei lässt Angaben dazu vermissen, welche Täuschungshandlung im Typgenehmigungsverfahren die Beklagte konkret vorgenommen hat. Es bleibt unklar, welche verantwortlich Handelnden der Beklagten wann und in welcher Form das KBA getäuscht haben sollen. Es wird nicht dargelegt, welche Angaben durch das KBA gefordert wurden und welche falschen Angaben die verantwortlich Handelnden der Beklagten daraufhin gemacht haben. Weitere Anhaltspunkte dafür, dass sich das KBA ein weiteres Mal – wie beim Motortyp EA 189 – über die Arbeitsweise des Emissionskontrollsystems im Irrtum befunden hätte, sind weder ersichtlich noch dargetan.

### 35

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. Selbst wenn die Beklagte gegenüber dem KBA – 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 (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – ZR 190/20 –, Rn. 26, juris).

### 36

ee) Die Beklagte hat auch nicht nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast vorzutragen, zu welchen Gelegenheiten und in welcher Form die Beklagte über die Funktionsweise der Motorsteuerungssoftware getäuscht hat oder wie die Abgasbehandlung von Abschaltvorrichtungen beeinflusst wird. Eine sekundäre Darlegungslast wird in den vorliegenden Fällen nur angenommen, soweit die Kenntnis hinsichtlich der Entwicklung und Verwendung der unzulässigen Software von den im Hause der Beklagten für die Motorenentwicklung verantwortlichen Personen als verfassungsmäßig berufene Vertreter gemäß § 31 BGB behauptet wird (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – ZR 252/19 –, Rn. 39, juris) und soweit unklar ist, wer die Entscheidung über den Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung bei der Beklagten getroffen hat (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – ZR 367/19 –, Rn. 17, juris).

### 37

Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast der Sittenwidrigkeit in objektiver Hinsicht verbleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz, dass die Klagepartei die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – ZR 252/19 –, Rn. 35).

### 38

ff) Die schlichte Behauptung, der Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs enthalte eine vergleichbare Manipulationssoftware wie die den sog. Dieselskandal auslösende Abschaltvorrichtung bei Motoren des Typs VW EA 189, ist ohne jegliche Anhaltspunkte und damit ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – ZR 190/20 –, Rn. 27, juris).

### 39

gg) Hinzu kommt, dass die Rechtslage hinsichtlich der Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen im Zeitpunkt der Handlung zweifelhaft war. Seit Bekanntwerden der Abgasmanipulationen im Jahr 2015 war die Frage, was unter einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu verstehen ist, Gegenstand zahlreicher Rechtsstreitigkeiten. Von einer eindeutigen Rechtslage konnte nicht die Rede sein. Fehlen eindeutige Vorgaben seitens der für die Zulassung und Genehmigung zuständigen Behörden, kann dies nicht den Motorenherstellern zum Vorwurf gemacht werden. Nach dem Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission Volkswagen, wurden Thermofenster von allen Autoherstellern eingesetzt und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet. Insoweit ist ein Verstoß betreffend die Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht eindeutig (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich auf Vorlage eines französischen Gerichts mit der Frage der Auslegung der genannten Vorschrift befassen müssen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 C-693/18, NJW 2021, 1216). Diese rechtliche Unsicherheit gilt auch bei einer Fahrkurvenerkennung (Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urteil vom 05. Januar 2022 – 2 U 86/21 –, Rn. 29, juris).

### 40

Daraus schließt der Senat, dass bei den gesetzgeberischen Unschärfen nicht von einem verwerflichen Handeln der Verantwortlichen der Beklagten auszugehen ist. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt aber für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – ZR 190/20 –, Rn. 31, juris).

### 41

b) Schließlich fehlt es am erforderlichen Schädigungsvorsatz der verantwortlich Handelnden auf Seiten der Beklagten. Allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Die rechtliche Zulässigkeit der implementierten Abschaltvorrichtungen war sehr umstritten (vgl. oben). Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage hat die Klagepartei nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung der Klagepartei hätte aufdrängen müssen. Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – ZR 101/21 –, Rn. 25, juris).

### 42

2. Für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB fehlt es an der Stoffgleichheit zwischen Vermögenseinbuße der Klagepartei und den erstrebten Vermögensvorteilen für die Beklagte (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – ZR 5/20 –, Rn. 24, juris).

### 43

3. Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG und i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV scheidet aus.

### 44

Zwar steht dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zu (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, juris).

### 45

Allerdings fehlt es an einem Verschulden der Beklagten. Diese befand sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum.

#### **46**

a) Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken. Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 – , Rn. 63, juris).

#### **47**

Der Fahrzeughersteller kann zu seiner Entlastung auch darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 65, juris).

#### **48**

Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltvorrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschaltvorrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt. Haben mehrere Abschaltvorrichtungen Verwendung gefunden, muss der Tatrichter die Einzelheiten der konkret verwendeten Kombination für die Frage einer hypothetischen Genehmigung in den Blick nehmen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 66, juris).

#### **49**

Auf das Bestehen einer entsprechenden Verwaltungspraxis kommt es dabei nicht maßgeblich an. Die Grundsätze der hypothetischen Genehmigung gelten mit Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck auch, wenn der Fahrzeughersteller eine hypothetische Genehmigung bezogen auf den konkreten Motor einer bestimmten Baureihe nachweist. Neben anderen Indizien kann allerdings aufgrund einer bestimmten, hinreichend konkreten Verwaltungspraxis gemäß § 286 Abs. 1 ZPO auf eine hypothetische Genehmigung geschlossen werden (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 67, juris).

#### **50**

b) Gemessen hieran ist unter Zugrundelegung des unstrittigen Parteivortrags davon auszugehen, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorliegt.

#### **51**

Der Senat ist davon überzeugt (§ 286 ZPO), dass auf Anfrage der Beklagten bei dem KBA als zuständige Genehmigungsbehörde hypothetisch die Auskunft erteilt worden wäre, dass gegen die Verwendung der Abschaltvorrichtungen im vorliegenden Fahrzeug keine rechtlichen Bedenken bestehen.

#### **52**

Dies ergibt sich aus den von der Beklagten vorgelegten nicht bestrittenen amtlichen Auskünften des KBA zum Motor der Reihe EA 288 der Beklagten, wonach die Abgasbehandlung nicht zu beanstanden ist und kein Anlass für einen verpflichtenden Rückruf bietet. Die erteilten Auskünfte und der Inhalt wird von der Klagepartei nicht bestritten (vgl. Replik vom 09.09.2021, S. 9ff.).

#### **53**

Auf Grund dieser in ständiger Verwaltungspraxis erteilten und dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren bekannten Auskunft schließt der Senat, dass auch für das streitgegenständliche Fahrzeug keine anderslautende amtliche Auskunft durch das KBA erteilt worden wäre.

**54**

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen vor. Der Senat weicht nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder anderer Obergerichte ab. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Sie ist geprägt durch die ihr innewohnenden Besonderheiten eines Einzelfalles. Alle Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sind bereits höchstrichterlich geklärt. Eine Zulassung der Revision wäre im Falle einer Entscheidung durch Urteil nicht geboten.

**55**

Auch eine mündliche Verhandlung ist in der vorliegenden Sache nicht veranlasst (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO). Es ist auszuschließen, dass in einer mündlichen Verhandlung neue, im Berufungsverfahren zuzulassende Erkenntnisse gewonnen werden können, die zu einer anderen Beurteilung führen.

**56**

Der Senat regt daher – unbeschadet der Möglichkeit zur Stellungnahme – die kostengünstigere Rücknahme des aussichtslosen Rechtsmittels an. Auf die bei einer Berufungsrücknahme erfolgende Ermäßigung der Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 (vgl. GKG KV Nr. 1220, 1222) wird hingewiesen. gez.