

**Titel:**

**Keine sittenwidrige Schädigung des Erwerbers eines Diesel-Fahrzeugs mit Thermofenster**

**Normenkette:**

BGB § 31, § 826

Fahrzeugemissionen-VO Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Die temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) lässt sich nicht mit der Verwendung der Prüfstandserkennungssoftware vergleichen, die die Fahrzeugherstellerin bei der Konzeption des Motors EA 189 in Einsatz gebracht hat. Während Letztere unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typengenehmigungsbehörde abzielte und einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeughersteller in der Bewertung gleichsteht, ist der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht von vornherein durch Arglist geprägt. (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)
2. Sie führt nicht dazu, dass bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und der Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert wird, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Für die Qualifizierung des Verhaltens der Beklagten müssten daher weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (hier verneint). (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Schadensersatz, sittenwidrige Schädigung, Kfz-Hersteller, Dieselskandal, unzulässige Abschaltvorrichtung, EA 897, Thermofenster, Prüfstandsbezogenheit

**Vorinstanz:**

LG Ingolstadt, Urteil vom 24.06.2022 – 83 O 2388/21 Die

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH, Urteil vom 30.04.2024 – VIa ZR 183/23

**Tenor**

1. Der Antrag des Klägers auf Aussetzung des Verfahrens gemäß § 148 ZPO wird zurückgewiesen.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 24.06.2022, Az. 83 O 2388/21 Die, wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Ingolstadt ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des insgesamt vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Der Kläger macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Kauf eines Diesel-Pkws geltend. Er erwarb aufgrund einer verbindlichen Bestellung am 29.12.2016 das Fahrzeug ..., ..., 160 kW, Schadstoffklasse EU6, als Neuwagen zu einem Nettokaufpreis von 48.193,28 € (vgl. Anlage K1). Das Fahrzeug wurde finanziert (Anlage K1a). Der Motor stammt aus der Baureihe EA897. Der Kläger verkaufte das Fahrzeug am 22.01.2022 zu einem Kaufpreis von 21.638,66 € netto mit Laufleistung von 136.300 km (vgl. Anlage K23).

2

Die Beklagte ist die Herstellerin des Fahrzeugs sowie des Motors.

3

Die Abgasreinigung erfolgt im streitgegenständlichen Fahrzeug über die Abgasrückführung. Dabei wird ein Teil der Abgase wieder der Verbrennung im Motor zugeführt, was zu einer Verringerung der Stickoxidemissionen führt. Die Abgasrückführung wird außerhalb eines bestimmten Temperaturfensters reduziert („Thermofenster“). Ferner kommt ein sog. SCR-Katalysator zum Einsatz. Nach den Feststellungen des Landgerichts im unstreitigen Tatbestand gibt es keinen Bescheid des Kraftfahrtbundesamts (KBA) betreffend das streitgegenständliche Fahrzeug, der das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung feststellt. Das Fahrzeug ist dementsprechend auch von keiner Maßnahme betroffen und unterliegt auch keinem Rückruf.

4

Nachdem der Kläger zunächst die Rückabwicklung des Kaufvertrages begehrt hatte, war die Klage nach dem Verkauf des Fahrzeugs zuletzt auf Zahlung von 8.337,03 € nebst Zinsen gerichtet, in Form der Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der Nutzungsentschädigung sowie des Veräußerungserlöses. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

5

Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Klageziel weiter. Sein erstinstanzlicher Vortrag hätte das Landgericht veranlassen müssen, ein Gutachten zu unzulässigen Abschaltvorrichtungen zu erholen. Das Landgericht habe die Substantiierungsanforderungen überspannt. Die Klagepartei habe vorliegend über die vom BGH thematisierten Messwerte der Deutschen Umwelthilfe hinaus insbesondere zu einem amtlichen Rückrufbescheid, den streitgegenständlichen Motortyp betreffend, ausgeführt und damit in der Gesamtbetrachtung deutlich mehr greifbare Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug möglicherweise über eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Gestalt einer Prüfstanderkennungsoftware verfüge.

6

Anders als das Landgericht meine, könne bereits aus der Programmierung/Installation des Thermofensters auf die Sittenwidrigkeit geschlossen werden, wenn die Bedingung auf den Prüfstand zugeschnitten sei. Das Landgericht übersehe ferner, dass der geltend gemachte Anspruch der Klagepartei im Hinblick auf das verbaute Thermofenster jedenfalls aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zustehe. Der Rückruf von ...-Motoren aus dem Jahr 2018 betreffe das streitgegenständliche Fahrzeug zwar nicht unmittelbar, jedoch dessen baugleichen Motortypen und sei damit übertragbar.

7

Der Kläger beantragt unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Ingolstadt vom 24.06.2022, Az.: 83 O 2388/21 Die:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei EUR 8.337,03 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.09.2021 bis zum 22.01.2022 auf einen Betrag von EUR 32.594,19 sowie seither in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf den Betrag von EUR 8.337,03 zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.873,06 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.09.2021 zu zahlen.

Hilfsweise:

3. das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Ingolstadt, Az.: 83 O 2388/21 Die, verkündet am 24.06.2022 und zugestellt am 29.06.2022, aufzuheben und zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen;

Hilfsweise:

4. die Revision zuzulassen.

Weiterhin beantragt der Kläger:

Aussetzung des Verfahrens bis zu einer Entscheidung des BGH in dem Verfahren VIa ZR 335/21.

Hilfsweise beantragt der Kläger die Aussetzung, bis die Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren C-100/21 des EuGH vorliegt.

**8**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, sowie den Antrag des Klägers auf Aussetzung des Verfahrens zurückzuweisen.

**9**

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil, sie wiederholt und intensiviert ihren erstinstanzlichen Vortrag.

**10**

Der Senat hat mit der Ladungsverfügung vom 28.11.2022 Hinweise erteilt und am 17.01.2023 mündlich verhandelt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Ersturteil, die genannte Ladungsverfügung, die Sitzungsniederschrift vom 17.01.2023 sowie die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

**11**

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadensersatz zu. Die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO, wie hilfsweise beantragt, sind nicht gegeben, da ein Verfahrensmangel im ersten Rechtszug nicht vorliegt.

**12**

1. Der Kläger hat das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 826 BGB nicht hinreichend dargelegt.

**13**

Der Kläger macht vorliegend geltend, dass das streitgegenständliche Fahrzeug von zwei unterschiedlichen unzulässigen Abschaltvorrichtungen betroffen sei: Es verfüge zum einen über ein Thermofenster und zum anderen über eine Prüfstandserkennung, die bewirke, dass das streitgegenständliche Fahrzeug die Grenzwerte im NEFZ-Zyklus einhalte, nicht jedoch im regulären Betrieb.

**14**

Insoweit fehlt jedoch konkreter und nachvollziehbarer Vortrag des Klägers, aus dem sich das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verknüpft mit einem sittenwidrigen Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen, insbesondere einer arglistigen Täuschung oder eines bewussten Gesetzesverstößes ergeben könnte. Dem klägerischen Beweisangebot auf Erholung eines Sachverständigengutachtens zum Beweis des Vorhandenseins mehrerer unzulässiger Abschaltvorrichtungen ist das Landgericht daher zu Recht nicht nachgekommen.

**15**

a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der in einer Gesamtschau 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. Schon zur Feststellung der objektiven 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 darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (st. Rspr. vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 – Rn. 15, juris; BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20 – Rn. 12, juris).

**16**

Im Grundsatzurteil vom 25.05.2020 (Az. VI ZR 252/19), ergangen zum Motor EA 189 der V. AG, hat der Bundesgerichtshof die Sittenwidrigkeit damit begründet, dass der Fahrzeughersteller bei der Motorenentwicklung die strategische Entscheidung getroffen habe, die Typengenehmigung durch arglistige Täuschung des KBA zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge sodann in den Verkehr zu bringen und dabei die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt auszunutzen. Entscheidend war, dass die Stickoxidgrenzwerte der Euro 5-Norm nur im Abgasrückführungsmodus 1 auf dem Prüfstand unter Einsatz der Manipulationssoftware eingehalten wurden.

#### 17

b) Die temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) lässt sich jedoch nicht mit der Verwendung der Prüfstandserkennungssoftware vergleichen, die die Beklagte bei der Konzeption des Motors EA 189 in Einsatz gebracht hat. Während Letztere unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typengenehmigungsbehörde abzielte und einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugherwerber in der Bewertung gleichsteht, ist der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht von vornherein durch Arglist geprägt. Sie führt nicht dazu, dass bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und der Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert wird, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Für die Qualifizierung des Verhaltens der Beklagten müssten daher weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Applikation der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20 – Rn. 26-28, juris). Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt.

#### 18

Auch bei Wahrunterstellung der klägerischen Behauptung, wonach die Abgasrückführung nur zwischen Temperaturen zwischen 20° C und 30° C vollständig aktiv sei, wäre die Funktion nicht mit dem Einsatz der sog. Umschaltlogik bei dem Motortyp EA 189 gleichzusetzen, die zwischen dem erkannten Prüfstand und dem Straßenbetrieb unterscheidet und dazu führt, dass ausschließlich auf dem Prüfstand die Grenzwerte eingehalten werden. Vielmehr arbeitet auch nach dem Vortrag des Klägers das Thermofenster auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise und schaltet auch außerhalb des genannten Temperaturbereichs die Abgasreinigung nicht völlig ab. Damit fehlt es an einer die arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden indizierenden Prüfstandserkennung (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 2/21 –, Rn. 14, juris)

#### 19

Während bei der reinen „Umschaltlogik“ deren Unzulässigkeit offenbar ist, so dass von einer arglistigen Täuschung des KBA durch Verschweigen derselben ausgegangen werden kann, ist selbst bei einem relativ eng definierten Thermofenster nicht auszuschließen, dass die Verantwortlichen der Beklagten unter Abwägung der mit der Abgasrückführung bekannten Problemen gemeint haben könnten, die konkret implementierte Temperatursteuerung sei (noch) zulässig.

#### 20

Es kommt auch nicht entscheidend darauf an, ob die Beurteilung des Thermofensters durch das KBA als zulässig zutreffend ist, sondern darauf, dass die Möglichkeit einer entsprechenden Vorstellung bei den verantwortlichen Personen der Beklagten nicht ausgeschlossen werden kann, wenn auch die zuständige Bundesbehörde dieselbe Rechtsansicht vertritt. Gegen ein besonders verwerfliches Verhalten der Beklagten spricht, dass die Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des von vielen Herstellern eingesetzten Thermofensters angesichts der Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 als unsicher anzusehen ist. Dies findet seinen Ausdruck im Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur von April 2016, nach dem Thermofenster von allen Autoherstellern eingesetzt und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet würden; insoweit ist ein Verstoß betreffend die Auslegung der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht eindeutig (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 31, juris). Ferner fehlt es im Hinblick auf die unsichere Rechtslage hinsichtlich des Einsatzes eines Thermofensters an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 32, juris).

## 21

c) Greifbare Anhaltspunkte für das Vorhandensein sonstiger unzulässiger Abschaltvorrichtungen mit sittenwidrigem Gepräge im streitgegenständlichen Fahrzeug, die eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten auslösen oder eine Beweiserhebung veranlassen würden, ergeben sich auch nicht aus den von dem Kläger behaupteten Abschaltvorrichtungen einer sog. Aufheizstrategie.

## 22

aa) Das streitgegenständliche Fahrzeug ist unstreitig nicht von einem Rückruf wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung betroffen. Auch aus den Ausführungen des Klägers zu dem Rückruf aus dem Jahr 2018 unter dem Herstellercode 23X6 (KBA-Referenznummer 7130) ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i. S. v. § 826 BGB. Genauso wenig wie das Bestehen eines Rückrufes des KBA für ein konkretes Fahrzeug zwingende Voraussetzung für einen für § 826 BGB maßgeblichen Sachvortrag ist, ist das Bestehen von Rückrufen gegenüber einem bestimmten Automobilhersteller stets als hinreichend „greifbarer Anhaltspunkt“ im Sinne der vorstehend erläuterten Rechtsprechung zu sehen. Vielmehr ist auch hier auf den konkreten Einzelfall abzustellen.

## 23

Insoweit verweist der Kläger darauf, dass ein amtlicher, verpflichtender Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes für verschiedene Fahrzeugtypen der ... AG mit dem streitgegenständlichen 3.0l Euro-6-Motor unter dem Motorkennbuchstaben (MKB) „CKV“ bestehe, der auf der Internetseite des KBA wie folgt beschrieben werde: „Entfernung unzulässiger Abschaltvorrichtungen bzw. der unzulässigen Reduzierung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems.“ Zwar gesteht der Kläger zu, dass dieser Rückruf das streitgegenständliche Fahrzeug zwar nicht unmittelbar betreffe, er hält die dortigen Feststellungen jedoch für auf das streitgegenständliche Fahrzeug übertragbar, da die Emissionsstufe (EU6), der Typ (B8), die Leistung (160 kW), das Modelljahr (2011 – 2017) sowie Genehmigungsnummer (e1\*2001/116\*0430\*49, vgl. Anlage K18) mit dem Rückruf übereinstimmen würden. Indes übersieht der Kläger, worauf die Beklagte bereits erstinstanzlich hingewiesen hat, dass das streitgegenständliche Fahrzeug den Motorkennbuchstaben „CSWB“ aufweist, wie aus der Zulassungsbescheinigung Teil 1 (Anlage K19) ersichtlich ist, während sich der von dem Kläger angegebene Rückruf auf Fahrzeuge mit dem Motorkennbuchstaben „CKV“ bezieht. Aufgrund dessen ist das streitgegenständliche Fahrzeug nicht vergleichbar mit den Fahrzeugen, die dem o.g. Rückruf unterliegen. Eine Übertragbarkeit des Rückrufs ergibt sich entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht aus der Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. ... in einem anderweitigen Verfahren (Anlage K20), da sich diese mit der Genehmigungsnummer beschäftigt. Die von dem Kläger allgemein dargelegte Systematik der Typgenehmigungsnummer, die sich im Übrigen aus Anhang VII der RL 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. September 2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (Rahmenrichtlinie) ergibt, verhilft der Berufung nicht zum Erfolg. Zu den Motorkennbuchstaben in Fahrzeugen der Beklagten verhält sich die Stellungnahme nicht.

## 24

bb) Auch vermögen die von dem Kläger vorgetragene Messwerte der Deutschen Umwelthilfe (Anlage K5) eines ... A6, 3.0l, EU 6 im realen Fahrbetrieb keine greifbaren Anhaltspunkte für den sittenwidrigen Verbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu belegen, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. Mangels Vergleichbarkeit des Fahrzeugtyps und der Messung in anderer Messumgebung als im Rahmen des Prüfzyklus 1 ergibt sich hieraus kein hinreichender Anhaltspunkt für deliktisches Handeln der Beklagten.

## 25

Selbst wenn man unterstellt, dass die tatsächlichen Werte (im Straßenbetrieb) von den der Zulassung zugrunde gelegten Emissionswerten abweichen, ergibt sich daraus in der vorzunehmenden Gesamtbewertung nicht, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorhanden sein muss, und noch weniger, dass unter billiger Inkaufnahme eines Gesetzesverstößes durch Verantwortliche der Beklagten verwerflich gehandelt wurde. Es liegt auf der Hand, dass die Überschreitung der Werte im Straßenverkehr darauf zurückzuführen sein kann, dass der Motor im realen Fahrbetrieb aufgrund der konkreten Verkehrsverhältnisse deutlich mehr Schadstoffe emittiert als in einem zu Vergleichszwecken festgelegten, standardisierten Fahrzyklus auf dem Prüfstand. Dergleichen ist auch bei Herstellerangaben zum Kraftstoffverbrauch allgemein bekannt. Da der europäische Gesetzgeber für die Schadstoffnormen EU5 und EU6 zum damaligen Zeitpunkt die Messung allein im Prüfstandsbetrieb festgelegt hatte und erst

zwischenzeitlich für Neufahrzeuge Messungen im Normalbetrieb vorschreibt, kommt es gerade nicht darauf an, dass das streitgegenständliche Fahrzeug im Normalbetrieb die der Zulassung zugrundeliegenden Werte im NEFZ (kalt) nicht einhält. Das wird vielmehr umgekehrt bei praktisch jedem Fahrzeug der Fall sein.

## 26

Die Umschaltvorrichtung in der Software bei Fahrzeugen des Volkswagen-Konzerns mit dem Motor EA189 ist auch vom KBA nicht wegen der generellen Abweichung der Emissionswerte im Normalbetrieb als unzulässig beanstandet worden, sondern ausschließlich deshalb, weil sie bei erkannter Abweichung der Fahrt vom NEFZ die Abgasreinigung veränderte zugunsten erhöhter Stickoxidwerte (vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 04.11.2019 – 7 U 363/18, BeckRS 2019, 38719) und mithin auf eine Täuschung über die Einhaltung der Grenzwerte im Prüfbetrieb abzielte, die ohne Abschaltvorrichtung nicht eingehalten worden wären. Für die Zulassung des hier streitgegenständlichen Fahrzeugs waren allein die Werte auf dem Prüfstand (NEFZ kalt) maßgeblich. Aus einer Überschreitung dieser Werte im Straßenbetrieb kann nicht auf eine sittenwidrige Manipulation der Abgasrückführung bzw. des Katalysators geschlossen werden (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, Rn. 23 a.E. und Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21). 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 unstrittigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ungeeignet (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 2/21 –, Rn. 30, juris).

## 27

cc) Keinen tauglichen Anhaltspunkt bietet der Vortrag des Klägers zur behaupteten Manipulation des OBD-Systems. Denn die behaupteten Manipulationen dienen nach dem Vortrag des Klägers der Verdeckung der behaupteten prüfstandsgebundenen Stickoxidreduktion durch unzulässige Abschaltvorrichtungen. Keine Fehlermeldungen durch das OBD haben allerdings solange keinen Indizcharakter, als keine hinreichend greifbaren Anhaltspunkte für eine damit verschleierte unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 2/21 – Rn. 18, juris; Urteil vom 28.10.2021 – Az. III ZR 261/20, Rn. 27, juris).

## 28

dd) Der Kläger trägt auch in der Gesamtschau keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen vorhanden sind, denen das Gepräge der Sittenwidrigkeit anhaftet. Es kann nicht allein aufgrund des Vortrags allgemein zur Entwicklung von Abschaltvorrichtungen im Volkswagenkonzern und zu Rückrufen verschiedener Fahrzeuge der Beklagten von einem verdichteten Sachverhalt zur flächendeckenden Implementierung von unzulässigen Abschaltvorrichtungen in allen Dieselfahrzeugen der Beklagten mit der Folge einer sekundären Darlegungslast oder gar einer umgekehrten Darlegungs- und Beweislast ausgegangen werden. Die entsprechende Behauptung des Klägers erfolgte „ins Blaue hinein“, so dass sie unbeachtlich und einer Beweisaufnahme nicht zugänglich ist.

## 29

2. Der Kläger hat wegen des unstrittig verbauten Thermofensters keinen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007.

## 30

a) Es kann dahinstehen, ob es sich bei den genannten nationalen und europarechtlichen Vorschriften um dritt-schützende Normen handelt, was der BGH in gefestigter Rechtsprechung verneint (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 – Rn. 72 ff, juris; kürzlich BGH, Beschluss vom 10. 02.2022 – III ZR 87/21 – Rn. 8ff, juris; BGH, Beschluss vom 04.05.2022 – VII ZR 656/21 – Rn. 3, juris) und was den Senat überzeugt.

## 31

Denn Voraussetzung für die Annahme eines Schutzgesetzes ist, dass die Schaffung eines individuellen deliktischen Anspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint. Dabei muss in umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs, in den die Norm gestellt ist, geprüft werden, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstößenden mit allen damit zugunsten des Geschädigten gegebenen Haftungs- und Beweiserleichterungen zu knüpfen (BGH, Urteil

vom 14. Juni 2022 – VI ZR 110/21 –, Rn. 10, juris m.w.N.). Das deutsche Recht stellt allerdings sicher, dass notwendige technische Anpassungen des Fahrzeugs an die gebotenen (europa-)rechtlichen Standards auch über verwaltungsrechtliche Maßnahmen (z.B. in Form von verbindlich angeordneten Nachrüstungen und Änderungen) erfolgen können, die auf Kosten der Hersteller durchgeführt werden. Damit ist gewährleistet, dass der jeweils aktuelle Eigentümer des Fahrzeugs wegen dieser Maßnahmen keine spürbare wirtschaftliche Belastung erfährt, andererseits den Zielen des europäischen Rechts insgesamt genügt ist.

### **32**

Soweit sich der Kläger demgegenüber auf das Votum des Generalanwalts R. in seinen Schlussanträgen vom 02.06.2022 in der Rechtssache EuGH C 100/21 bezieht, wonach die bezeichneten Normen auch die Interessen eines individuellen Erwerbers eines Kraftfahrzeugs schützen, insbesondere das Interesse, kein Fahrzeug zu erwerben, das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist (Rn. 50), kommt diesem Votum keine Außenwirkung zu. Der EuGH ist an dieses Votum nicht gebunden, und es ändert auch unmittelbar nichts an der bestehenden Rechtsprechung des BGH, an der sich der Senat orientiert.

### **33**

b) Aber auch bei einer unterstellten drittschützenden Wirkung der genannten Normen wäre ein mindestens fahrlässiger Verstoß der Beklagten nicht feststellbar. Das streitgegenständliche Fahrzeug unterliegt keinem amtlichen Rückruf, das KBA hat gerichtsbekannt in einer Reihe von amtlichen Auskünften mitgeteilt, dass ein sog. Thermofenster keine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt (vgl. Anlage BE1). Gerade vor diesem Hintergrund ist ein fahrlässiges Handeln der Verantwortlichen der Beklagten in Bezug auf die Einhaltung der bezeichneten europarechtlichen Vorschriften im Zeitpunkt der Beantragung und Erlangung der Typgenehmigung nicht ersichtlich.

### **34**

c) Der vom Kläger behauptete Minderwert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist weder ersichtlich noch schlüssig dargetan. Selbst wenn man in dem Verbau des Thermofensters eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. Art. 5 Abs. 1 und 2 VO 715/2007 sähe, so würde eine Schätzung des Minderwerts gem. § 287 ZPO auf Grundlage der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 07.07.2021 – VI ZR 40/20 – Rn. 24 ff, juris) im konkreten Fall dazu führen, dass der objektive Wert der Gegenleistung (des Fahrzeugs) den objektiven Wert der klägerischen Leistung (des Kaufpreises) erreicht. Bei der Bemessung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sind zunächst die mit der Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen zu berücksichtigen (vgl. BGH, aaO, Rn. 24). Aufgrund der ausführlichen Untersuchungen des streitgegenständlichen Motortyps durch das KBA und der hierzu ergangenen zahlreichen amtlichen Auskünfte (Anl. B 37 ff.) ist vielmehr davon auszugehen, dass das Risiko einer Nichtbenutzbarkeit des streitgegenständlichen PKW nicht einmal abstrakt bestand, so dass nicht von einem objektiv wirtschaftlich nachteiligen Vertragsschluss und einem merkantilen Minderwert ausgegangen werden kann. Weder ein (verpflichtender) Rückruf noch eine Stilllegungsanordnung drohten oder drohen.

### **35**

d) Demzufolge kommt auch eine Aussetzung des Verfahrens gemäß § 148 ZPO (analog) nicht in Betracht, so dass der entsprechende Antrag des Klägers zurückzuweisen war.

### **36**

3. Ein Anspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet bereits daran, dass es an der behaupteten Täuschung des KBA bzw. mittelbar des Klägers aus den oben genannten Gründen fehlt.

### **37**

4. Der Kläger hat auch keinen Anspruch aus §§ 826, 831 BGB, da es, wie bereits ausgeführt, schon an der Darlegung einer zumindest bedingt vorsätzlichen Schädigungshandlung der für die Beklagte tätigen Personen fehlt.

### **III.**

### **38**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**39**

Die Revision ist im Hinblick auf die Rechtsfrage, ob §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 Drittschutz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB vermitteln, zuzulassen. Ausweislich der Pressemitteilung Nr. 104/2022 vom 01.07.2022 stellt der Bundesgerichtshof seine hierzu ergangene, vorliegend zitierte Rechtsprechung, der der Senat folgt, in Frage.

**40**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG bestimmt.