

**Titel:**

**Keine Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Motor EA 288 (hier: VW Passat 2,0 TDI)**

**Normenketten:**

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826, § 831

ZPO § 148, § 522 Abs. 2

VO (EG) Nr. 715/2007 Art. 5 Abs. 2

RL 2007/46/EG Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

VwVfG § 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Zu – jeweils verneinten – (Schadensersatz-)Ansprüchen von Käufern eines Fahrzeugs, in das ein Dieselmotor des Typs EA 288 eingebaut ist, vgl. auch BGH BeckRS 2022, 11891; BeckRS 2022, 18404; OLG Bamberg BeckRS 2022, 32236; BeckRS 2023, 3168; BeckRS 2023, 5898; OLG München BeckRS 2022, 24992; BeckRS 2022, 36082; BeckRS 2023, 754; OLG Nürnberg BeckRS 2021, 52232; OLG Koblenz BeckRS 2022, 25180; BeckRS 2022, 25178; BeckRS 2022, 25176; BeckRS 2022, 25174; BeckRS 2022, 25157; BeckRS 2022, 25155; BeckRS 2022, 25138; BeckRS 2022, 25151; BeckRS 2022, 25075 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1); OLG Bamberg BeckRS 2021, 55750 mit zahlreichen weiteren Nachweisen (auch zur aA) im dortigen Leitsatz 1; anders durch Versäumnisurteil OLG Köln BeckRS 2021, 2388. (redaktioneller Leitsatz)

2. Das Verhalten der für einen Kraftfahrzeughersteller handelnden Personen ist nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ausgestattet und in den Verkehr gebracht haben. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)

3. Wenn das KBA als zuständige Typgenehmigungsbehörde nach eigener Prüfung selbst von der Zulässigkeit des „Thermofensters“ ausgeht, kann einer Fahrzeugherstellerin keine andere Einschätzung abverlangt werden. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)

4. Ein aus dem Kaufvertrag resultierender Schaden ist nicht erkennbar, da es für den Motor EA 288 keine Anhaltspunkte gibt, dass die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder –untersagung und damit die Gefahr einer eingeschränkten Nutzbarkeit besteht. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, EA 288, unzulässige Abschaltvorrichtung, sittenwidrig, Thermofenster, OBD, KBA, Kenntnis, (keine) Betriebsbeschränkung, (kein) Schaden

**Vorinstanz:**

LG Coburg, Endurteil vom 25.05.2022 – 12 O 858/21

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 5900

**Tenor**

1. Das (Berufungs-)Verfahren wird nicht ausgesetzt.

2. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Coburg vom 25.05.2022 nach § 522 Abs. 2 ZPO einstimmig zurückzuweisen und den Wert für das Berufungsverfahren auf 16.784,43 € festzusetzen.

3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 20.04.2023.

**Entscheidungsgründe**

**1**

Der Senat ist davon überzeugt, dass der Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Coburg vom 25.05.2022 offensichtlich im Sinne des § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO die Erfolgsaussicht fehlt und auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO vorliegen. Der Senat beabsichtigt deshalb, die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

**2**

Gemäß § 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO weist der Senat den Kläger auf die beabsichtigte Entscheidung hin und gibt hierzu sowie zur beabsichtigten Festsetzung des Streitwerts Gelegenheit zur Stellungnahme.

**3**

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz in Zusammenhang mit dem Ankauf eines PKWs.

**4**

Am 08.08.2020 erwarb der Kläger von einem Autohaus in einen gebrauchten VW Passat 2,0 TDI (110 kW) mit einem Kilometerstand von 42.400 zu einem Kaufpreis von 20.524 €. Das Fahrzeug war mit einem Dieselmotor der Baureihe EA 288 (Abgasnorm EU 6) ausgestattet, den die Beklagte hergestellt hatte. Die Abgasreinigung des Fahrzeuges erfolgt unter Verwendung eines SCR-Katalysators.

**5**

In der Folgezeit wurde das Fahrzeug, das über eine EG-Typengenehmigung verfügt, vom Kläger genutzt. Am 11.04.2022 hatte der PKW eine Fahrleistung von 89.336 km. In der gesamten Zeit gab es für das Fahrzeug weder einen Rückruf, noch ein verpflichtendes Software-Update.

**6**

Der Kläger behauptet, in dem von der Beklagten hergestellten Motor seien unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut, die die Wirkung der Emissionskontrollsysteme manipulieren und eine auf den Prüfstand ausgerichtete Programmierung aufweise, die den Prüfstand erkennt und eine vom realen Fahrbetrieb abweichende Emissionsverringerung steuert.

**7**

Der Kläger beantragte

in erster Instanz die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen unter Anrechnung eines Nutzungsersatzes (17.687,61 €), die Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet, sowie die Zahlung vorgerichtlicher Kosten der Rechtsverfolgung (1.214,99 €).

**8**

Die Beklagte beantragte

Klageabweisung mit der Begründung, das Fahrzeug verfüge über keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen. Dies sei durch das Kraftfahrtbundesamt mehrfach bestätigt worden. Die klägerischen Behauptungen seien unsubstantiiertes Vortragen ins Blaue hinein.

**9**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes, des Verfahrenshergangs und der Anträge in erster Instanz wird auf den Tatbestand des Ersturteils Bezug genommen.

**10**

Mit Endurteil vom 25.05.2022 wurde die Klage vom Landgericht kostenpflichtig abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass dem Kläger kein Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte zusteht.

**11**

Soweit sich der Kläger auf einen Schadensersatzanspruch aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826, 31 BGB und § 831 BGB i.V.m. § 826 BGB beruft, sind die Voraussetzungen durch den insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Kläger nicht ausreichend substantiiert dargelegt worden. Zum einen wurden keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorgetragen. Zum anderen fehlt es jedenfalls an der Darlegung eines sittenwidrigen und vorsätzlichen Verhalten der Beklagten. Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäben kann von einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten in Verbindung mit der Herstellung des Motors Typ EA 288 gerade nicht ausgegangen werden.

**12**

Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB steht dem Kläger nicht zu. Es fehlt insoweit jedenfalls an dem Nachweis einer willentlichen Täuschung des Käufers.

**13**

Ebenso wenig steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sowie gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu. Bei diesen Vorschriften handelt es sich nicht um Schutzgesetze im Sinn des § 823 Abs. 2 BGB. Weder §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV noch Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 und Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dienen dem Schutz vor der Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit. Selbst wenn die Vorschriften vorliegend durch die Motorsteuerungs-Software verletzt sein sollten, so könnte dieser Umstand allein einen Schadensersatzanspruch des Fahrzeugkäufers deshalb nicht begründen.

**14**

Da die Beklagte keinen Schadensersatz schuldet, befindet sie sich auch nicht im Annahmeverzug. Mangels Hauptforderung sind schließlich auch die Nebenforderungen unbegründet.

**15**

Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidung vom 25.05.2022 verwiesen.

**16**

Der Kläger legte gegen die ihm am 15.06.2022 zugestellte Entscheidung mit Schriftsatz vom 12.07.2022, beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tag, Berufung ein und führt zur Begründung aus:

**17**

Unzutreffend gehe das Landgericht davon aus, dass die vom Kläger dargelegten Anknüpfungspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung durch die Beklagte keinen ausreichend substantiierten Vortrag darstellten und das Verhalten der Beklagten nicht sittenwidrig sei. Der Kläger könne sich vorliegend nur auf vermutete Tatsachen stützen. Gleichwohl seien die Behauptungen nicht unbeachtlich. Denn bei der Annahme von Willkür sei Zurückhaltung geboten. In der Regel werde sie nur bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können. Die vom Bundesgerichtshof aufgestellten strengen Voraussetzungen für die Annahme einer Behauptung „ins Blaue hinein“ seien vorliegend nicht gegeben. Hauptansatzpunkt des Verfahrens sei nicht das Thermofenster, sondern die Zykluserkennung mit Auswirkungen auf das Abgasverhalten. Vorliegend habe die Beklagte für die Abgasreinigung sowohl eine Abgasrückführung, als auch einen SCR-Katalysator eingesetzt. Deren Verhältnis zueinander werde durch Erkennen der Prüfsituation verändert. Auf dem Prüfstand gebe es eine Abgasreinigung, die im Realbetrieb nicht stattfindet. Hierüber habe die Beklagte das KBA getäuscht. Durch das Inverkehrbringen des manipulierten Motors habe die Beklagte auch den Kläger getäuscht. Die Täuschungsabsicht lasse sich entgegen der Ansicht des Landgerichts unschwer bereits aus der von der Beklagten stellten „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien und Freigabeverfahren EA 288“ erkennen. Soweit die Beklagte vortrage, dass das KBA bestätigt haben solle, im streitgegenständlichen Motor keine zulässige Abschaltvorrichtung festgestellt haben zu können, müsse darauf hingewiesen werden, dass das KBA nicht selbstständig ermittle, sondern bei der Prüfung die Angaben zugrunde lege, die der jeweilige Hersteller durch elektronische Einreichung eines Beschreibungsbogens im Rahmen der Antragstellung zur Typengenehmigung mache. Die Beklagte habe aber nicht alle erforderlichen Informationen wahrheitsgemäß und vollständig offengelegt.

**18**

Jedenfalls aber müsse das Verfahren nach 148 Abs. 1 ZPO analog bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-100/21 bzw. bis zur Entscheidung des BGH im Verfahren BGH VIa ZR 335/21 ausgesetzt werden.

**19**

Der Kläger beantragt,

Auf die Berufung wird unter Abänderung des Urteils des Landgerichts wie folgt erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerschaft 16.784,43 € zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Volkswagen Passat mit er Fahrzeug-Identifizierungsnummer ...

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme des im Klageantrag zu 1. genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerschaft von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.214,99 € freizustellen.

## **20**

Die Beklagte verteidigt die vom Landgericht getroffene Entscheidung und beantragt die kostenpflichtige Zurückweisung der Berufung. Im Fahrzeug des Klägers sei keine Fahrkurvenerkennung verbaut. Vor diesem Hintergrund seien sämtliche Ausführungen zu den angeblich an die Fahrkurvenerkennung anknüpfenden Manipulationen ohne Bezug zur Realität. Mit Ausnahme des Themenkomplexes „Thermofenster“ betreffe dies die gesamte Berufungsbegründung. Exakt für das hier streitgegenständliche Aggregat lägen 2 amtliche Auskünfte des KBA vor. Der Motor EA 288 sei über Jahre hinweg mehrfach untersucht worden. Eine unzulässige Abschaltvorrichtung sei dabei nie festgestellt worden.

## **21**

Hinsichtlich der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze samt Anlagen.

## **22**

Die Berufung des Klägers hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

## **23**

Das angefochtene Urteil erweist sich nach Überprüfung durch den Senat anhand des Berufungsvorbringens jedenfalls im Ergebnis als zutreffend. Zu Recht hat das Landgericht die Klage vollständig abgewiesen, weil dem Kläger kein Anspruch auf Schadensersatz zusteht. Auf die Gründe der Entscheidung vom 25.05.2022 wird deshalb Bezug genommen.

## **24**

1) Entgegen den Ausführungen der Berufung ergibt sich ein Anspruch auf Schadensersatz für den Kläger nicht aus § 826 BGB. Denn es fehlt vorliegend jedenfalls an der hinreichend substantiierten Darlegung eines sittenwidrigen schädigenden Verhaltens der Beklagten. a)

## **25**

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 ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH NJW 2021, 1814 ff). b)

## **26**

Hiervon ausgehend ist das Verhalten der für einen Kraftfahrzeughersteller handelnden Personen nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ausgestattet und in den Verkehr gebracht haben. Dies gilt auch dann, wenn mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt wird. Der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit ist nur gegeben, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH NJW 2021, 921 ff).

## **27**

Die besondere Verwerflichkeit besteht hingegen, wenn dem Kraftfahrtbundesamt vorgespiegelt wird, das Fahrzeug werde auf dem Prüfstand unter den Motorbedingungen betrieben, die auch im normalen Fahrbetrieb zum Einsatz kommen oder im Typengenehmigungsverfahren unzutreffende Angaben über die Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems gemacht werden (BGH, a. a.O.) oder bei einem implantierten Thermofenster weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH NJW 2021, 1814 ff).

## **28**

c) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ergeben sich aus dem Vortrag des Klägers keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das Verhalten der Beklagten in diesem Sinne als sittenwidrig zu qualifizieren ist.

## **29**

Ausdrücklich schließt sich der Senat der obergerichtlichen Rechtsprechung an, die eine Haftung der Beklagten in Verbindung mit dem von ihr entwickelten Motor Typ EA 288 im Ergebnis übereinstimmend ablehnt (so zum Beispiel: OLG Bamberg 1 U 286/20 – Beschluss vom 14.08.2020; OLG Brandenburg 1 U 103/19 – Beschluss vom 20.04.2020; OLG München 3 U 7524/19 – Beschluss vom 10.02.2020; OLG Koblenz 12 U 1570/19 – Urteil vom 20.04.2020; OLG Karlsruhe 17 U 296/19 – Urteil vom 30.10.2020; OLG Sachsen-Anhalt 9 U 6/20 – Urteil vom 08.10.2020; OLG Dresden 9a U 2520/19 – Urteil vom 10.03.2020; OLG Stuttgart 16a U 196/19 – Urteil vom 19.01.2021).

## **30**

aa) Für die Behauptung, dass in dem von der Beklagten hergestellten Motor eine Software zum Manipulieren der Abgasreinigung verbaut worden ist, die bewusst und gewollt von der Beklagten so programmiert worden ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, fehlen bereits hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte.

## **31**

Dem Vortrag der Beklagten, der Motor EA 288 sei innerhalb mehrerer Jahre durch das KBA in verschiedenen Phasen umfassend und ohne Beanstandungen überprüft worden, weshalb das Fahrzeug des Klägers weder von einem Rückruf noch einem drohenden Fahrverbot bedroht war oder absehbar sein wird, ist der Kläger nämlich auch im Berufungsverfahren nicht hinreichend konkret entgegen getreten.

## **32**

Mangels substantieller Auseinandersetzung mit den Feststellungen der Bundesbehörde sind die von ihm aufgestellten Behauptungen folglich ohne greifbare Anhaltspunkte „ins Blaue hinein“ gemacht und damit unbeachtlich.

## **33**

bb) Die Ausführungen der Berufung zur mangelnden Prüfungskompetenz des KBA ändern daran nichts. Im Hinblick auf die Angaben des KBA führte der BGH im Rahmen einer Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde (VIa ZR 303/21) am 09.05.2022 aus:

## **34**

Das Berufungsgericht hat für den hier eingebauten Dieselmotor des Typs EA 288 EU6 auch festgestellt, ihm lägen „amtliche Auskünfte des KBA aus Parallelverfahren vor“, in denen „das KBA explizit erklärt“ habe, „dass der Motor verschiedentlich überprüft und unter keinem Gesichtspunkt beanstandet“ worden sei. Auf der Grundlage dieser Feststellungen kommt eine Haftung der Beklagten nach § 826 BGB nicht in Betracht.  
cc) Ein greifbarer Anhaltspunkt für das Vorhandensein einer Manipulation ergibt sich entgegen dem Vorbringen der Berufung auch nicht aus der von der Beklagten verfassten „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA 288“ vom 18.11.2015 (vgl. hierzu ausführlich OLG Nürnberg, Urteil vom 22. September 2021 – 12 U 4034/20 –, juris).

## **35**

Der BGH (VIa ZR 334/21) führte in dem vom OLG Nürnberg am 22.09.2021 entschiedenen Fall, in dem es wie vorliegend um einen Motor EA 288 der Abgasnorm EU 6 ging, in einem Hinweisbeschluss am 21.03.2022 aus:

## **36**

Das Berufungsgericht hat die Revision gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugelassen und zur Begründung ausgeführt, dass bislang höchstrichterlich nicht entschieden sei, ob sich aus der Entscheidungsvorlage der Beklagten vom 18. November 2015 ein hinreichend substantiiertes Sachvortrag für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung beim Motortyp EA 288 ergibt.

### 37

Ein Zulassungsgrund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO besteht indes nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Maßgeblich ist insoweit der Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts (BGH, Beschluss vom 27. Mai 2020 – VIII ZR 58/19, juris Rn. 3 mwN).

### 38

Die Voraussetzungen einer Haftung gemäß § 826 BGB sind höchstrichterlich abstrakt seit 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. Mai 2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316). Ob die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten vorliegen, hängt von den in der Sache vorliegenden Umständen ab und kann nicht Gegenstand einer grundsätzlichen Klärung durch den Bundesgerichtshof sein (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 – VII ZR 45/21, juris Rn. 8; Beschlüsse vom 13. Oktober 2021 – VII ZR 179/21 und VII ZR 295/20, jeweils juris Rn. 9).

### 39

Dass das OLG Naumburg die Haftung der Beklagten für den Motor EA 288 in einem Urteil vom 9. April 2021 (8 U 68/20, DAR 2021, 454; Revision anhängig VII ZR 412/21), auf das sich die Revision beruft, anders als das hiesige Berufungsgericht bejaht hat, begründet schon deshalb keinen Zulassungsgrund, weil der fragliche Senat des OLG Naumburg seine Auffassung mittlerweile ausdrücklich aufgegeben hat (Urteil vom 10. Dezember 2021 – 8 U 64/21, juris Rn. 12; Urteil vom 16. Dezember 2021 – 8 U 36/21, juris Rn. 16; Urteile vom 17. Dezember 2021 – 8 U 1/21, juris Rn. 61; 8 U 11/21, juris Rn. 60; 8 U 54/21, juris Rn. 67; 8 U 58/21, juris Rn. 67).

### 40

Auch sonst sind keine Zulassungsgründe ersichtlich, insbesondere zeigt die Revision keine unter dem Aspekt der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zulassungsrelevante (vgl. etwa BVerfG, NJW 2007, 3418 Rn. 19 mwN) Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG auf. Wegen der Einzelheiten wird auf die nachfolgenden Ausführungen zur mangelnden Erfolgsaussicht Bezug genommen (...).

### 41

dd) Soweit die Berufung Ausführungen zu einer sog. Fahrkurvenerkennung macht, ist dieser Vortrag ebenfalls ersichtlich ins Blaue hinein. Dass in der Vergangenheit im Motor EA 288 eine Fahrkurvenerkennung verbaut war, mag zutreffend sein. Allerdings ergibt sich aus der vom Kläger vorgelegten Applikationsanweisung vom 18.11.2015, dass in neuen Fahrzeugen ab der Kalenderwoche 22/2016 die Fahrkurven aus der Software entfernt waren. Das Fahrzeug des Klägers wurde erst 2019 gebaut und zugelassen.

### 42

2) Ansprüche des Klägers aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB sind ebenfalls nicht gegeben. Diese würden den Nachweis eines deliktischen Handelns bzw. einer vorsätzlichen Täuschungshandlung voraussetzen. Dieser ist – wie oben dargelegt – dem Kläger nicht gelungen.

### 43

Jedenfalls aber scheidet dieser Anspruch am Fehlen der Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden. Der subjektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB setzt die Absicht voraus, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Dabei müssen der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil und der verursachte Vermögensschaden einander „spiegelbildlich“ entsprechen. Einen Vermögensschaden hätte die Klägerin dann erlitten, wenn das von ihr erworbene Fahrzeug im Hinblick auf die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und etwaige damit

verbundene Risiken den vereinbarten und bezahlten Kaufpreis nicht wert war. Zwischen dieser etwaigen Vermögenseinbuße mit den denkbaren Vermögensvorteilen, die ein verfassungsmäßiger Vertreter der Beklagten (§ 31 BGB) für sich oder einen Dritten, etwa den Fahrzeughändler, erstrebt haben könnte, besteht jedoch keine Stoffgleichheit (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az. ZR 5/20). 3)

#### 44

Dem Kläger steht schließlich kein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB zu.

#### 45

Selbst wenn man davon ausgeht, dass Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 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) in der durch die Verordnung (EG) Nr. 385/2009 der Kommission vom 7. Mai 2009 geänderten Fassung in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeug auch die Einzelinteressen des individuellen Käufers schützen (so EuGH, Urteil vom 21.03.2023, Az. C 100/21), scheidet ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus, weil der Beklagten nicht einmal fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann.

#### 46

Dem Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“ vom April 2016 ist zu entnehmen, dass im dort genannten Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet wurden. Nach Einschätzung der Untersuchungskommission handelt es sich bei der Verwendung eines Thermofensters angesichts der Unschärfe der Ausnahmvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007, wonach zum Schutz des Motors vor Beschädigungen und zur Gewährleistung eines sicheren Fahrzeugbetriebs notwendige Abschaltvorrichtungen zulässig sind, um keine eindeutigen Gesetzesverstöße, sofern ohne die Verwendung des Thermofensters dem Motor Schaden drohe und „sei dieser auch noch so klein“ (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016, S. 123).

#### 47

Nach der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.07.2008 (Mitteilung über die Anwendung und die künftige Entwicklung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über Emissionen von Fahrzeugen für den Leichtverkehr und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen (Euro 5 und Euro 6), 2008/C 182/08) waren trotz der erhöhten NOx-Emissionen bei niedrigen Temperaturen keine Messungen vorgesehen. Die Hersteller waren auch nicht verpflichtet, Informationen über das Emissionsverhalten von Dieselfahrzeugen bei niedrigen Temperaturen zur Verfügung zu stellen (dort Ziffer 7). Das Vorhandensein eines Thermofensters war also dem KBA als Typgenehmigungsbehörde bekannt, wenngleich es keine Beschreibung über die exakte Wirkungsweise mangels entsprechender Verpflichtung erhalten hat. Unter diesen Umständen durfte sich die Beklagte grundsätzlich darauf verlassen, dass das KBA im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG eine Ergänzung verlangen würde, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit des Thermofensters in dem betreffenden Fahrzeug zu prüfen. Anderenfalls durfte sich die Beklagte auf die Prüfungskompetenz des KBA als Genehmigungsbehörde verlassen und ohne Verschulden von der Zulässigkeit ihres Vorgehens ausgehen.

#### 48

Wenn also das KBA als zuständige Typgenehmigungsbehörde nach eigener Prüfung selbst von der Zulässigkeit des „Thermofensters“ ausgeht, kann der Beklagten keine andere Einschätzung abverlangt werden.

#### 49

4) Unabhängig von den obigen Ausführungen kann die Berufung aber bereits deswegen keinen Erfolg haben, weil dem Kläger kein Schaden entstanden ist.

#### 50

Zwar kann nach der Rechtsprechung des BGH derjenige, der durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht (BGH NJW 2020, 1962).

#### **51**

Dabei kann aus der allgemeinen Lebenserfahrung und der Art des zu beurteilenden Geschäfts der Erfahrungssatz abgeleitet werden, dass kein Käufer ein Fahrzeug erwirbt, dem eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob dieses Problem behoben werden kann, sodass davon auszugehen sein kann, dass ein solcher Käufer in Kenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte (vgl. BGH, a.a.O.).

#### **52**

Dieser Erfahrungssatz fußt auf der ex post erkannten und dann ex ante zugrunde gelegten Annahme, die im Fahrzeug enthaltene Abschaltvorrichtung trage das konkrete Potential in sich, zu einer Betriebsbeschränkung bzw. Betriebsuntersagung zu führen. In den Fällen des Motors EA 189 leitet sich diese Annahme aus dem Wissen eines späteren Rückrufs sämtlicher Fahrzeuge durch das KBA mit nachfolgendem Versuch der Beklagten ab, eine Stilllegung der Fahrzeuge durch Updates zu verhindern.

#### **53**

Im vorliegenden Fall besteht ein solcher Erfahrungssatz schon deshalb nicht, weil dem Fahrzeug des Klägers zu keinem Zeitpunkt eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohte. Das KBA hat bislang keinerlei Regelungen getroffen, die Einfluss auf die Nutzbarkeit des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenraum gehabt hätten. Der Kläger konnte und kann sein Fahrzeug uneingeschränkt nutzen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. März 2022 – 8 U 245/21 –, juris mit weiteren Hinweisen).

#### **54**

Für den Kläger hat damit bei verständiger Würdigung gerade keine Situation bestanden, welche den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig erscheinen ließe (so im Ergebnis OLG München Urteil vom 14.04.2021 – 15 U 3584/20 – juris; OLG Schleswig, Urteil vom 13.08.2021 – 17 U 9/21 – juris). Vor diesem Hintergrund vermag der Senat einen Schaden des Klägers auch aus der zugrunde zu legenden ex-ante-Betrachtung nicht zu erkennen.

#### **IV.**

#### **55**

Aufgrund der Ausführungen unter 4) besteht kein Anlass, das vorliegende Verfahren gemäß § 148 ZPO analog bis zu der Entscheidung des BGH im Verfahren VIa ZR 335/21 auszusetzen.

#### **56**

Mangels Schadens sind die dem Gerichtshof im Februar 2021 vorgelegten und seit 21.03.2023 beantworteten Fragen für die hier zu treffende Entscheidung nämlich nicht von Bedeutung.

#### **57**

Dementsprechend sah sich auch der BGH in einzelnen Fällen nicht gehindert, über Nichtzulassungsbeschwerden zu entscheiden, die den Motor EA 288 betrafen und in welchen die Vorinstanzen eine Klageabweisung mangels Schaden gebilligt hatten (vgl. BGH, Beschluss vom 23.01.2023, VIa ZR 724/22 und BGH, Beschluss vom 30.01.2023, VIa ZR 663/22).

#### **V.**

#### **58**

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (vgl. § 522 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 3 ZPO) liegen nicht vor. Der Streitfall ist geprägt durch die ihm eigenen Besonderheiten im tatsächlichen Bereich. Soweit es auf grundlegende Rechtsfragen ankommt, sind diese durch die Rechtsprechung, von der der Senat nicht abweicht, geklärt.

**59**

Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten (vgl. § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO). Anhaltspunkte dafür, dass in einer solchen neue, im Berufungsverfahren zuzulassende Erkenntnisse gewonnen werden könnten, die zu einer anderen Beurteilung führen könnten, bestehen nicht.

**60**

Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

VI.

**61**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird in Anwendung von §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 GKG, §§ 3, 9 Satz 1 ZPO zu bestimmen sein.