

**Titel:**

**Kein Schadensersatz wegen angeblicher Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung**

**Normenkette:**

ZPO § 148

BGB § 826

**Leitsätze:**

1. Die Behauptung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form einer Zykluserkennung betreffend den Motor EA 288 erfolgt angesichts der Feststellungen des Kraftfahrtbundesamtes „ins Blaue hinein“. (Rn. 23 – 32) (redaktioneller Leitsatz)

2. Bei Implementierung des Thermofensters erfolgt die Abgasreinigung im Grundsatz auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise. Es liegt damit – im „Thermofenster“ als solchem – noch kein System der Prüfstandserkennung vor. Im Hinblick auf die – jedenfalls bis zur Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften durch den Gerichtshof der Europäischen Union in dessen Urteilen vom 14.07.2022 (Rechtssachen C-128/20, C-134/20 und C-145/20) bestehende – unsichere Rechtslage fehlt es bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters unabhängig vom konkret verwendeten Typ des Dieselmotors und herstellerübergreifend sowohl an einem besonders verwerflichen Verhalten des Herstellers als auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz. (Rn. 37) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

EA 288, SCR-Katalysator, Thermofenster, Sittenwidrigkeit, Motorsteuerungssoftware

**Vorinstanz:**

LG Bayreuth, Endurteil vom 22.12.2022 – 24 O 404/22

**Tenor**

1. Der Antrag der Klagepartei auf Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO (analog) wird abgelehnt.
2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.
3. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klagepartei gegen das Endurteil des Landgerichts Bayreuth vom 22.12.2022, Az. 24 O 404/22, durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen.
4. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis 03.05.2023.

**Gründe**

I.

1

1. Der Antrag der Klagepartei auf Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO (analog) war abzulehnen.

2

a) Die beantragte Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf das Verfahren des Bundesgerichtshofs VIa ZR 335/21 war abzulehnen, da die Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 ZPO mangels Vorentscheidlichkeit nicht gegeben sind. Der Umstand, dass in dem anderen Verfahren über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, von deren Beantwortung die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, rechtfertigt die Aussetzung der Verhandlung nicht (vgl. BGH, Beschl. v. 25.1.2006 – IV ZB 36/03, BeckRS 2006, 2593; NJW-RR 2014, 631 = WM 2014, 810 Rn. 13). Andernfalls würde das aus dem Justizgewährleistungsanspruch folgende grundsätzliche Recht der Prozessparteien auf Entscheidung ihres Rechtsstreits in seinem Kern beeinträchtigt (BGH, NJW-RR 2014, 631 = WM 2014, 810). Eine Aussetzung allein aus Zweckmäßigkeitsgründen sieht das Gesetz nicht vor (vgl. BGH NJW-RR 2019, 1212).

### 3

b) Auch die Würdigung der Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 104/2022 vom 01.07.2022 zum Verfahren Via ZR 335/21 führt zu keinem anderen Ergebnis. Danach sollen den Gerichten und den Berufungsgerichten, die nach Veröffentlichung der Schlussanträge des Generalanwalts in dieser Rechtssache nunmehr auch aus Gründen der Gewähr effektiven Rechtsschutzes die vor ihnen eröffnete Tatsacheninstanz nicht schließen, sondern die Entscheidung des Gerichtshofs abwarten werden (vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 02.03.2022 – 4 W 4/22, juris Rn. 42 ff.), durch die ursprünglich auf den 21.11.2022 terminierte mündliche Verhandlung in der Sache (Az. VIa ZR 335/21) so bald als möglich im Anschluss an eine Entscheidung des Gerichtshofs höchstrichterliche Leitlinien an die Hand gegeben werden. Diese Mitteilung durch die Pressestelle des BGH signalisiert lediglich, dass der Bundesgerichtshof gewillt war, das genannte Verfahren noch im Jahr 2022 zu verhandeln, und dabei davon ausging, dass in der Zwischenzeit, nun vor dem 11.05.2023 eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vorliege. Eine wie auch immer geartete Bindungswirkung kommt dieser an die (Medien-) Öffentlichkeit gerichteten Mitteilung nicht zu. Die mitgeteilten Umstände sind allein für die Ermessensentscheidung der Gerichte im Rahmen einer Entscheidung nach § 148 ZPO (analog) von Bedeutung, indem das Gericht bei seiner Ermessensausübung die Erfolgsaussichten des anderen Verfahrens und die mit der Aussetzung eintretende Verzögerung gegeneinander abzuwägen hat (BGH, Beschluss vom 07.05.1992, V ZR 192/91, NJW-RR 1992, 1149 (1150); BeckOK ZPO – Wendtland, Stand: 01.03.2022, § 148 ZPO Rn. 13). Dies zeigt auch die ausdrücklich in der Pressemitteilung zitierte Passage des Beschlusses des OLG Braunschweig vom 02.03.2022, Rn. 42 ff., welche gerade den rechtlichen Rahmen einer Ermessensentscheidung des Gerichts sowie den insoweit eingeschränkten Prüfungsmaßstab einer Beschwerde gegen eine solche Entscheidung behandelt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Pressemitteilungen des BGH anlässlich der Terminsverlegungen im Verfahren VIa ZR 335/21.

### 4

c) Der Senat hat die Entscheidung des EuGH zur Kenntnis genommen, bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Berufung ohne Erfolgsaussichten ist. Auf die nachfolgenden Ausführungen in diesem Beschluss unter III.4 und 5 wird verwiesen. Auch deshalb bedarf es der Aussetzung nicht.

### 5

2. Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen gem. § 574 ZPO nicht gegeben sind.

### II.

### 6

Wegen des Sach- und Streitstands wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Lediglich ergänzend oder erläuternd ist noch auszuführen:

### 7

1. Die Klagepartei nimmt die beklagte Fahrzeugherstellerin auf Schadensersatz wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung für die Abgasreinigung in Anspruch.

### 8

Die Klagepartei erwarb am 31.05.2016 zu einem Kaufpreis von 61.582,50 € ein Fahrzeug der Marke VW T6 Multivan 2.0 TDI von einer nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten hergestellten Dieselmotor des Typs EA 288 der Abgasnorm EU 6 mit einem SCR-Katalysator („SCR“) ausgestattet, der über einen Hubraum von 2.0 l und eine Leistung von 115 kW verfügt. Bei Abschluss des Kaufvertrags betrug der Kilometerstand 15 km, am 08.12.2022 zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz 164.349 km. Das Fahrzeug verfügt über eine dem KBA seit Anfang Oktober 2015 bekannte Fahrkurvenerkennung/Lenkwinkelerkennung und ein sogenanntes „Thermofenster“. Das KBA hat einen Rückrufbescheid für das streitgegenständliche Fahrzeug wegen einer sogenannten „Konformitätsabweichung“ erlassen, die im Zusammenhang mit der Regeneration des Dieselpartikelfilters steht, ein Rückrufbescheid wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung existiert nicht.

### 9

Die Klagepartei hat in erster Instanz vorgetragen, dass die im Fahrzeug verbauten Abschaltvorrichtungen als Zykluserkennung über die Lenkwinkel und das „Thermofenster“ unzulässig seien. Diese würden durch

einen Statusbericht der Beklagten vom 21.10.2015 sowie deren Applikationsrichtlinien und Freigabevorlagen belegt. Zur Verdeckung sei das OBD-System manipuliert. Die Klagepartei hat deshalb erstinstanzlich in der Hauptsache zunächst Schadensersatz in Höhe von 32.753,88 € (Kaufpreis abzüglich eines Nutzungsvorteils auf der Grundlage einer Gesamtleistung von 300.000 km) verlangt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 08.12.2022 hat die Klagepartei im Hinblick auf die weitere Nutzung den Rechtsstreit einseitig in Höhe eines Betrags von 4.907,37 € für erledigt erklärt und beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Schadensersatz i.H.v. 32.753,88 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.02.2022 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs VW T6 Multivan mit der FIN ....
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs VW T6 Multivan mit der FIN ... seit dem 18.02.2022 in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei die durch die Beauftragung des Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 762,49 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.02.2022 zu zahlen.

#### 10

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

#### 11

Sie hat vorgetragen, dass sie keine unzulässige Abschalteneinrichtung verbaut habe. Eine Konformitätsabweichung stelle keine unzulässige Abschalteneinrichtung dar. Die Fahrkurvenerkennung sei dem KBA bekannt gewesen und freiwillig entfernt worden. Auch ohne diese würden die Grenzwerte eingehalten. Über das Thermofenster sei das KBA ebenfalls in Kenntnis gesetzt worden. Das KBA habe jedoch bereits im Jahr 2016 festgestellt, dass keine unzulässigen Abschalteneinrichtungen vorhanden seien. Es fehle an einem objektiv sittenwidrigen Handeln der Beklagten und jedenfalls an einem Schaden, da eine Stilllegung nicht im Raum gestanden habe.

#### 12

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf die dort gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

#### 13

2. Das Landgericht hat die Klage ohne Durchführung einer Beweisaufnahme abgewiesen. Die Klagepartei habe die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Die Voraussetzungen für eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.v.m. § 27 Abs. 1 EG/FGV und der VO (EG) 715/2007 würden nicht vorliegen. Selbst wenn ein Drittschutz zu bejahen sei, sei der Klagepartei kein Schaden entstanden, weil keine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohe. Zudem sei ein mindestens fahrlässige Handeln der Beklagten nicht erkennbar, wenn das KBA nach unbestritten umfassender Prüfung von der Zulässigkeit des Thermofensters und der Fahrkurvenerkennung ausgegangen sei. Auch ein Anspruch aus § 826 BGB bestehe nicht. Bei dem Einsatz einer nicht auf nicht auf den Prüfstand abgestimmten temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems sei ein verwerfliches Handeln nicht gegeben. Die Fahrkurvenerkennung sei dem KBA bekannt gewesen und als zulässig erachtet worden, so dass auch hier kein Vorsatz der Beklagten nachgewiesen sei. Ein Rückrufbescheid wegen einer Konformitätsabweichung begründe regelmäßig keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung. Im Übrigen fehle es insoweit aus den genannten Gründen ebenfalls an einem Schaden. Auch weitere Anspruchsgrundlagen kämen nicht in Betracht.

#### 14

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

#### 15

3. Hiergegen wendet sich die zulässige Berufung der Klagepartei, die unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens ihre Sachanträge im Wesentlichen weiterverfolgt. Aufgrund der bereits erstinstanzlich vorgelegten internen Dokumente der Beklagten wie der Statusbericht vom 21.10.2015 sowie der

Applikationsrichtlinien und Freigabevorlagen würden hinreichende Anhaltspunkte für eine illegale Fahrkurvenerkennung bestehen. Durch diese werde das Verhältnis zwischen Abgasrückführung und SCR-Katalysator auf dem Prüfstand abweichend vom Normalbetrieb geregelt.

#### **16**

Auch das Thermofenster stelle eine unzulässige Abschaltvorrichtung dar, weil die AGR nur zwischen 20 Grad Celsius und 30 Grad Celsius uneingeschränkt funktioniere. Dies sei mit der einschränkend auszulegenden Norm des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 nicht in Einklang zu bringen. Mittlerweile gehe auch das KBA von der Unzulässigkeit des Thermofensters aus.

#### **17**

Die DUH habe im Rahmen einer Pressekonferenz am 17.11.2022 bislang unveröffentlichte Dokumente vorgelegt, die über bis in das Jahr 2006 zurückreichende Protokolle umfangreiche Absprachen der Autohersteller mit der Fa. Bosch belegen würden. Die Hersteller hätten von der Fa. Bosch illegale Abschaltvorrichtungen „bestellt“ und insbesondere über die Harnstoffdosierung auf dem Prüfstand eine höhere Abgasreinigung herbeigeführt. Daher habe die Klagepartei Anspruch auf Schadensersatz.

#### **18**

Die Klagepartei beantragt:

Das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Bayreuth vom 22.12.2022 wird abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Schadensersatz i.H.v. 27.847,15 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.02.2022 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs VW T6 Multivan mit der FIN ....
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs VW T6 Multivan mit der FIN ... seit dem 18.02.2022 in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei die durch die Beauftragung des Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 762,49 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.02.2022 zu zahlen.

#### **19**

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Klagepartei in der Berufungsinstanz wird auf die Berufungsbegründung Bezug genommen.

III.

#### **20**

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.

#### **21**

1. Die Berufung ist bereits deshalb teilweise unbegründet, weil nach der seit langem bekannten Rechtsprechung aller Senate des OLG Bamberg der Nutzungsvorteil auf der Basis einer Gesamtfahrleistung von (allenfalls bis zu) 250.000 km vorzunehmen ist. Daher beläuft sich, ausgehend von einem Kilometerstand am 08.12.2022 von 164.349 km, der Nutzungsvorteil der Klagepartei auf 40.482,82 €, so dass sich im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz ein maximaler Anspruch der Klagepartei von 21.099,68 € errechnet.

#### **22**

In den Berufungsantrag hätte daneben noch die weitere Nutzung des Fahrzeugs seit dem Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz Zeitpunkt eingearbeitet werden müssen, um eine teilweise Zurückweisung der Berufung allein wegen des weiteren Nutzungsvorteils zu vermeiden. Dies wurde offensichtlich versäumt.

#### **23**

2. Einem Anspruch der Klagepartei stehen bereits im Grundsatz schon die von der Beklagten vorgetragene und von der Klagepartei nicht substantiiert in Frage gestellten Feststellungen des KBA entgegen.

## 24

a) Das BMVI hat nach Bekanntwerden des Dieselskandals Untersuchungen auch in Bezug auf die Motoren des Typs EA 288 in Auftrag gegeben und das KBA angewiesen, spezifische Nachprüfungen durch unabhängige Gutachter zu veranlassen. Diese „KBA-Felduntersuchungen“ umfassten insgesamt 56 Messungen an 53 Fahrzeugmodellen, von denen mehrere mit dem Motortyp EA 288 ausgestattet waren. Ziel der Untersuchung war u.a., die Motorvarianten des Typs EA 288 dahingehend zu überprüfen, ob sie unzulässige Abschaltvorrichtungen oder unzulässige Systematiken und Randbedingungen von Prüfstands- und Zykluserkennungen wie die in den EA 189-Fahrzeugen verbaute Umschaltlogik enthielten. Bei diesen Untersuchungen sind keine unzulässigen Vorrichtungen bei Fahrzeugen mit dem Motortyp EA 288 der Emissionsklassen EU 5 und EU 6 festgestellt worden (OLG Dresden, Urteil vom 04. Dezember 2020 – 9a U 2074/19 –, Rn. 30, juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Oktober 2020 – 4 U 171/18 –, Rn. 45, juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 24. September 2020 – 5 U 47/19 –, Rn. 37, juris).

## 25

b) Dies wird bestätigt durch die von der Beklagten vorgelegten amtliche Auskunft des KBA an das LG Bayreuth vom 15.12.2020 betreffend den Motor EA 288 2.0l TDI 110 kW EU 6, in der ausgeführt wird (Anlage B6):

„... Das KBA führte insgesamt sehr umfassende Untersuchungen an Fahrzeugen mit Motoren der Reihe des EA 288 durch, so z.B. im Rahmen der „Untersuchungskommission Volkswagen“, der freizugebenden Software-Updates für das nationale Forum Diesel sowie im Rahmen spezifischer Feldüberwachungstätigkeit .... Es wurde bei keinem Fahrzeug, welches ein Aggregat des EA 288 aufweist und durch das KBA untersucht wurde, eine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt.“

## 26

c) Dem in den amtlichen Auskünften mitgeteilten eindeutigen Befund der Untersuchungen des KBA – hat der Vortrag der Klagepartei in beiden Instanzen, den der Senat zur Kenntnis genommen und erwogen hat, nichts Substantielles entgegenzusetzen. Die Klagepartei setzt sich insbesondere nicht hinreichend mit der in erster Instanz unstreitigen Tatsache auseinander, dass das KBA für das streitgegenständliche Fahrzeug keinen Rückruf wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung angeordnet hat. Soweit das streitgegenständliche Modell im Jahr 2019 von einem Rückruf betroffen war, lag der Grund hierfür in einer „Konformitätsabweichung“ war, die zur Überschreitung der Euro-6-Grenzwerte für Stickoxide geführt hat. Es fehlt jedoch schon an einem Vortrag der Klagepartei, dass insoweit ein Zusammenhang mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung bestanden hat.

## 27

d) Selbst wenn der Auffassung des KBA nicht beizutreten und die Implementierung der Abschaltvorrichtungen als unzulässig einzuordnen wäre, zeigt dies exemplarisch, dass es sich nicht um eine willkürliche Bewertung handelte und jedenfalls nach der vertretbaren subjektiven Einschätzung der Beklagten die Gefahr einer Betriebsuntersagung und damit einer eingeschränkten Nutzbarkeit des Fahrzeugs nicht inmitten stand und steht. Deshalb kann der Beklagten ein Handeln, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen würde, auch nicht zum Vorwurf gemacht werden.

## 28

2. Speziell im Hinblick auf die behauptete unzulässige Abschaltvorrichtung in Form einer Zykluserkennung hat die Klagepartei einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 31 BGB bzw. §§ 826, 831 BGB nicht in beachtlicher Weise dargelegt, weil sie keine greifbaren Anhaltspunkte für das Vorhandensein der behaupteten Abschaltvorrichtung vorträgt (zum Prüfungsmaßstab vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 23).

## 29

a) Die Beklagte hat eine amtliche Auskunft des Kraftfahrtbundesamts vom 11.02.2021 an das Oberlandesgericht Oldenburg vorgelegt, die den hier in Rede stehenden Motor – EA 288 EU 6 2.0 TDI – und das Modell T6 zum Gegenstand hat (Anlage B38). Darin heißt es:

„Eine sogenannte Fahrkurvenerkennung ist in ursprünglich ausgelieferten Datenständen der Motorsteuerung an den betroffenen Fahrzeugen enthalten, diese wurden jedoch nicht als unzulässige

Abschalteinrichtung bewertet. Die ursprüngliche Fahrkurvenerkennung ... funktioniert auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb gleichermaßen und hat keinen wesentlichen Einfluss auf die Schadstoffemissionen.

### **30**

Die betroffenen Fahrzeuge verwenden einen SCR (selektive katalytische Reaktion)-Katalysator, der systembedingt mit Reagens betrieben werden muss. Eine Umschaltung der Emissionsminderungsstrategien erfolgt in Abhängigkeit von der technisch möglichen Wirksamkeit des SCR-Katalysators, welche im Wesentlichen von der Temperatur des Katalysators sowie von der Dosierung des Reagens abhängt. Nach Motorstart ist der SCR-Katalysator in der Regel bis zum Erreichen seiner notwendigen Betriebstemperatur unwirksam und das Emissionsminderungskonzept nutzt im Wesentlichen die Abgasrückführung (AGR)... Eine unzulässige Abgasnachbehandlung mittels SCR-Katalysator (Dosiermenge Reagens) wurde nicht festgestellt“.

### **31**

Dies wird bestätigt durch weitere inhaltsgleiche Auskünfte des KBA an das LG Berlin vom 26.02.2020 (Anlage B9) und an die Beklagte selbst vom 19.11.2018 (Anlage B35). Im Übrigen teilt das KBA in der bereits erwähnten amtlichen Auskunft an das LG Bayreuth mit:

„Ich weise darauf hin, dass der bloße Verbau einer Prüfstandserkennung nicht unzulässig ist, solange die Funktion nicht als Abschaltvorrichtung gem. Art. 3 Abs. 10 der Verordnung (EG) 715/2007 genutzt wird. Prüfungen des KBA zeigen, dass auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten werden, sodass es sich nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. Es wurde bei keinem Fahrzeug, welches ein Aggregat des EA 288 aufweist und durch das KBA untersucht wurde, eine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt .... Das streitgegenständliche Fahrzeug Tiguan 2.01 Diesel 110 kw Euro 6 ... weist nach diesseitigem Kenntnisstand keine unzulässige Abschaltvorrichtung hinsichtlich des Emissionsverhaltens auf.“

### **32**

Der Vortrag der Klagepartei in diesem Zusammenhang stellt sich damit als „ins Blaue hinein“ dar und kann angesichts der vorstehend genannten Feststellungen des KBA keine Berücksichtigung finden.

### **33**

b) Aus diesem Grund beruft sich die Klagepartei in diesem Zusammenhang vergeblich auf die Applikationsrichtlinien zum EA 288. Dort heißt es auf Seite 28: „Umschaltung in der Software teilweise enthalten, jedoch ohne Einfluss auf das Emissionsverhalten. Hinweis: Die Fahrzyklenerkennung ist stark von der Motorvariante und dem Projekt abhängig und ist nicht immer einheitlich appliziert.“ Aus diesen Applikationsrichtlinien geht mithin hervor, dass bei Fahrzeugen mit EA 288 Motor in der Motorsteuerungssoftware keine Optimierung der Emissionen im Prüfstandsbetrieb vorgenommen wurde. Ausdrücklich ist dort festgehalten, dass die Fahrkurven nicht zur Einhaltung der Emissions- und OBD-Grenzwerte genutzt werden dürfen. Daneben ist die Wirkungsweise dem KBA bekannt, wie aus der bereits erwähnten Auskunft an das OLG Oldenburg zu entnehmen ist, ohne dass das KBA einen Anlass zum Einschreiten gesehen hätte.

### **34**

c) Soweit die Klagepartei zur Begründung des Vorwurfs der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung sich auf die erstmals mit der Berufungsbegründung vorgelegten Unterlagen der Fa. Bosch stützt, ist dieser Vortrag gem. § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Nach dieser Vorschrift sind in der Berufungsinstanz neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zuzulassen. Deshalb hätte die Klagepartei darlegen müssen, aus welchen Gründen sie den Inhalt dieser Dokumente nicht bereits in erster Instanz zum Gegenstand ihres Vortrags gemacht hat. Dies wäre möglich gewesen, weil nach dem Vortrag der Klagepartei selbst die Deutsche Umwelthilfe diese am 17.11.2022 veröffentlicht hat, die mündliche Verhandlung in erster Instanz jedoch erst am 08.12.2022 stattgefunden hat. Seitens der Klagepartei wurden allerdings keine Tatsachen vorgebracht, die den Schluss auf eine fehlende Nachlässigkeit erlauben (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Hieran scheitert die Zulassung des neuen Tatsachenvortrags. Im Übrigen ist ein konkreter Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug nicht zu erkennen und wird auch nicht vorgetragen, so dass sich die Relevanz für das vorliegende Verfahren nicht erschließt. Letztendlich vermag der Vortrag auch nicht die Feststellung des KBA zu erschüttern, dass das Fahrzeug auch ohne Verwendung der Fahrkurvenerkennung die Stickstoffgrenzwerte einhält und keine illegalen Abschaltvorrichtungen festgestellt wurden.

### 35

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

### 36

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 – jedenfalls bis zur Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften durch den Gerichtshof der Europäischen Union in dessen Urteilen vom 14.07.2022 (Rechtssachen C-128/20, C-134/20 und C-145/20) 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. Lediglich mit Blick auf das Vorbringen der Klagepartei ist ergänzend anzumerken:

### 37

a) Bei Implementierung des Thermofensters erfolgt die Abgasreinigung im Grundsatz auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise. Es liegt damit – im „Thermofenster“ als solchem – noch kein System der Prüfstandserkennung vor (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, Rn. 19). Soweit die Klagepartei behauptet, der Temperaturbereich des Thermofensters sei auf die Bedingungen auf dem Prüfstand exakt zugeschnitten, hat sie dies schlüssig und in prozessual beachtlicher Weise vorzutragen (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, Rn. 20).

### 38

b) Überdies ist der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidungsserie vom 16.09.2021 (Urteile des BGH vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, 286/20, 321/20 und 322/20) unabhängig vom konkret verwendeten Typ des Dieselmotors und herstellerübergreifend nunmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass es im Hinblick auf die unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters sowohl an einem besonders verwerflichen Verhalten des Herstellers als auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz fehlt:

### 39

aa) Danach kann bei einer Abschaltvorrichtung wie hier, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der sich die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantworten lässt, 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. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht. Allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters folgt ferner kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage – hinsichtlich des unstreitig in den Fahrzeugen der Beklagten verbauten Thermofensters fehlt es bis heute an einer behördlichen Stilllegung oder einem Zwang zu Umrüstungsmaßnahmen – ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung der Klagepartei hätte aufdrängen müssen.

### 40

bb) Dass bestimmte Ausgestaltungen des Thermofensters nunmehr vom EuGH als unzulässige Abschaltvorrichtungen angesehen werden (EuGH NJW 2022, 2605) und denkbar ist, dass diese Sicht, wenn sie nicht bereits in der Vergangenheit vom KBA geteilt und im Prüfungsverfahren umgesetzt wurde (s.u.), in Zukunft auch vom KBA übernommen wird, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Denn für diese sind die damaligen, vor Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges liegenden, Vorstellungen und Erkenntnisse maßgeblich (OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022, 16a U 138/19, Rn. 38).

### 41

4. Hieran anknüpfend bietet das Vorhandensein eines „Thermofensters“ unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH vom 21.03.2023 in der Rechtssache C-100/21 (ECLI:EU:C:2023:420) keine

Grundlage für einen Anspruch aus den Vorschriften der Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 der VO 715/2007, Art. 18 Abs. 1, 26 Abs. 1, 46 der RL 2007/46 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB.

#### 42

a) Das „Thermofenster“ funktioniert im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise wie im realen Fahrbetrieb. Deshalb kann die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden, so dass, wie bereits erörtert, bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte auch nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann, dass die für die Beklagte handelnden Personen einen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen und damit bedingt vorsätzlich gehandelt haben (BGH, Urteil vom 24.03.2022, Az. III ZR 263/20 Rn. 22; BGH NJW 2021, 3721, Rn. 30). Die vorliegenden Umstände rechtfertigen jedoch noch nicht einmal ein fahrlässiges Handeln der Beklagten.

#### 43

b) Aus dem senatsbekannten Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“ vom April 2016 ist zu entnehmen, dass in dem hier fraglichen 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 S. 2 lit. 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). Daneben zeigt auch der in der Literatur (vgl. Führ, NVwZ 2017, 265) betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das Thermofenster als unzulässige Abschaltvorrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben ist (BGH, Urteil vom 24.03.2022, Az. III ZR 263/20 Rn. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 14.09.2020, Az.: 12 U 1464/19, Rn. 23).

#### 44

c) Daneben ist eine temperaturgesteuerte Abgasrückführung bei Dieselmotoren zur Vermeidung von Stickoxiden seit Jahrzehnten üblich und in Fachkreisen allgemein (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.02.2022, 8 U 143/21, Rn. 10) und zumindest ab 2008 speziell auch dem EU-Normgeber (vgl. Mitteilung der EU-Kommission – 2008/C 182/08 – über die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über Emissionen, dort unter Nr. 8) bekannt (OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022, 16a U 138/19, Rn. 36). Das KBA hatte von der Verwendung von Thermofenstern bei allen Herstellern und die in diesem Zusammenhang geführte rechtliche Diskussion um den Motorschutz ebenfalls Kenntnis. Es war deshalb zu einer Überprüfung des Emissionsverhaltens der Fahrzeuge ohne weiteres in der Lage (BGH, Urteil vom 13.01.2022, Az. III ZR 205/20, Rn. 25). Zudem waren die Hersteller nach der genannten Mitteilung der EU-Kommission (dort Ziff. 7) auch nicht verpflichtet, Informationen über das Emissionsverhalten von Dieselfahrzeugen bei niedrigen Temperaturen zur Verfügung zu stellen, so dass die Hersteller keine Verpflichtung zu einer Beschreibung über die exakte Wirkungsweise traf (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.02.2022, 8 U 143/21, Rn. 10). Vor diesem Hintergrund durfte die Beklagte bei der Beantragung der EG-Typgenehmigung davon ausgehen, dass die Existenz von Thermofenstern dem KBA bekannt gewesen war und ihr insoweit keine Pflicht oblag, ungefragt von sich aus auf ein Thermofenster hinzuweisen (OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022, 16a U 138/19, Rn. 36).

#### 45

Wenn also die Beklagte den gesetzlichen Anforderungen entsprechend ihren Mitteilungspflichten bezüglich des Thermofensters nachgekommen ist, durfte sie sich 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 (BGH, Urteil vom 16.9.2021, Az. VII ZR 190/20, Rn. 26). Anderenfalls durfte die Beklagte auf die Prüfungskompetenz des KBA als Genehmigungsbehörde vertrauen und ohne Verschulden von der Zulässigkeit ihres Vorgehens ausgehen.

#### 46

d) Selbst wenn man sogar eine Erkundigungspflicht der Beklagten unterstellen würde, ist davon auszugehen, dass das KBA, wie bislang geschehen, im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Fahrzeugs nichts unternommen und insbesondere das Thermofenster nicht beanstandet hätte. Das KBA geht noch

heute von der Zulässigkeit des Thermofensters aus, wie sich aus der senatsbekannten Pressemitteilung des KBA vom 14.07.2022 ergibt. Darin hat das KBA anlässlich eines Urteils des EuGH vom 17.12.2020 Stellung genommen und erklärt, dass es bereits in der Vergangenheit die Zulässigkeit des „Thermofensters“ entsprechend den Grundsätzen des EuGH und den Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 durch eigene Untersuchungen und Messungen geprüft habe. Dementsprechend sei die Unzulässigkeit von temperaturabhängigen Abschaltvorrichtungen für Außentemperaturen zwischen 15 °C und 33 °C angewandt worden, wobei das KBA je nach verfügbarer Technologie deutlich darüber hinausgegangen sei. Die Genehmigungspraxis des KBA habe bereits die Maßstäbe des EuGH berücksichtigt, dass die volle Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems überwiegend gewährleistet sein müsse ([www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/stellungnahme\\_euGH\\_thermofenster\\_inhalt.html](http://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/stellungnahme_euGH_thermofenster_inhalt.html)).

#### **47**

Außerdem hat das KBA in den bereits dargestellten amtlichen Auskünften ausgesprochen, dass es, das Thermofenster ausdrücklich eingeschlossen, keine unzulässige Abschaltvorrichtung bei dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp feststellen können. Damit steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung zu keinem anderen Erkenntnisstand der Beklagten geführt hätte. In einem solchen Fall kann der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht erhoben werden, auch wenn eine grundsätzlich erforderliche Erkundigung nicht eingeholt wurde. Weil sich der Erkundigende grundsätzlich auf die Fachkompetenz einer Fachbehörde verlassen darf, ist ihm ein „besseres“ Wissen als das der Genehmigungsbehörde nicht abzuverlangen. Es handelt sich insoweit um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum (BGH, NJW-RR 2017, 1004 Rn. 17; BGH NJW-RR 2018, 1250 Rn. 28, 32). Hierauf kann sich die Beklagte angesichts der vorgenannten Umstände zu Recht berufen.

#### **48**

5. Letztendlich scheitert ein Schadensersatzanspruch der Klagepartei jedenfalls an einem fehlendem Schaden (§ 249 Abs. 1 BGB).

#### **49**

a) Ein Fahrzeugkäufer, der durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Kaufvertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, kann 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. 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.

#### **50**

b) Eine solche Betriebsbeschränkung, die über Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 im Wege des Schadensersatzes auch zu kompensieren wäre, setzt zunächst voraus, dass ein Fahrzeugtyp über eine EG-Typgenehmigung verfügt, ohne dass der Typgenehmigungsbehörde das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung offenbart wurde (EuGH a.a.O. Rn. 83). Für diesen Fall sehen Art. 8 Abs. 6, Art. 13 Abs. 1 S. 1 und 3 und Art. 30 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie vor, dass die zuständige Behörde Maßnahmen bis zum Entzug der Typgenehmigung ergreifen kann, um sicherzustellen, dass die Fahrzeuge mit dem jeweils genehmigten Typ in Übereinstimmung gebracht werden. Dies wiederum kann „eine Unsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit hervorrufen, das Fahrzeug anzumelden, zu verkaufen oder in Betrieb zu nehmen, und letztlich beim Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüsteten Fahrzeugs zu einem Schaden führen“ (EuGH a.a.O. Rn. 84).

#### **51**

c) Diesen Maßstab zugrunde gelegt vermag der Senat einen Schaden der Klagepartei nicht zu erkennen. Es fehlt schon an einem schlüssigen Vortrag der Klagepartei zu dem Vorhandensein von unzulässigen und dem KBA während des Typgenehmigungsverfahrens nicht mitgeteilten Abschaltvorrichtungen. Daneben drohte dem Fahrzeug der Klagepartei zu keinem Zeitpunkt eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung

(ebenso OLG Bamberg, Beschluss vom 11.07.2022, 6 U 110/21, juris Rn. 5; OLG München, Urteil vom 15.06.2021, 9 U 5466/20, juris Rn. 34; OLG Naumburg, Urteil vom 10.12.2021, 8 U 63/21, juris Rn. 10; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25.04.2022, 8 U 245/21, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 23.01.2023, VIa ZR 724/22, juris). Da das KBA trotz bereits im Herbst/Winter 2015 begonnener umfassender Prüfungen bis heute keinen Anlass für eine Rückrufanordnung betreffend den streitgegenständlichen Motortyp oder für einen Widerruf der EG-Typgenehmigung gesehen hat, ist davon auszugehen, dass das Fahrzeug der Klagepartei durchgehend seit dem Kauf objektiv nicht von einer solchen Maßnahme bedroht gewesen ist und es sich bei dem Kauf daher nicht um die Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit gehandelt hat (OLG Hamm, Beschluss vom 11.04.2022, I-8 U 179/21, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 30.01.2023, VIa ZR 663/22, juris). Die Klagepartei konnte und kann ihr Fahrzeug benutzen. Anders als bei Fahrzeugen mit dem Motor EA 189 ist auch kein Software-Update notwendig, um den Bestand der Betriebserlaubnis nicht zu gefährden (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25.04.2022, 8 U 245/21, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch BGH, Beschluss vom 23.01.2023, VIa ZR 724/22, juris).

## **52**

d) Dabei kann dahinstehen, ob diese Haltung des KBA den maßgeblichen Normen nicht gerecht wurde und deshalb rechtswidrig war. Es handelte sich um die Auffassung der zuständigen Genehmigungs- und Überwachungsbehörde, gegen deren Votum abweichende Betriebsuntersagungen durch die Straßenverkehrsbehörden nicht zu erwarten waren und sind.

## **53**

Aus diesen Gründen ist die Berufung der Klagepartei ohne Erfolg und ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

## **IV.**

## **54**

1. Die aussichtslosen Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Verhandlung.

## **55**

2. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Nr. 3 ZPO liegen nicht vor.

## **56**

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

## **57**

4. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für die Berufungsinstanz auf bis zu 28.000,00 € festzusetzen.