



Oberlandesgericht Dresden

Zivilsenat

Aktenzeichen: **5a U 562/23**
Landgericht Dresden, 5 O 578/22

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Wawra & Gaibler Rechtsanwalts GmbH, Maximilianstraße 51, 86150 Augsburg, Gz.:
3793-21

gegen

Adam Opel GmbH, Eschersheimer Landstraße 14, 60322 Frankfurt am Main
vertreten durch die Geschäftsführer Yana Mitina Shor und Gustavo Quintaes Vello

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatz

hat der 5a. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht _____,
Richter am Amtsgericht _____ und
Richterin am Oberlandesgericht _____

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.08.2023

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 17. Februar 2023 (5 O 578/22) abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.165,00 EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23. April 2022 zu bezahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
- III. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- IV. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Der Kläger nimmt die Beklagte im Zusammenhang mit einem erworbenen Kraftfahrzeug, in dem ein von der Beklagten entwickelter und produzierter Motor verbaut ist, auf Schadensersatz in Anspruch.

Der in [REDACTED] ansässige Kläger erwarb am 22. August 2013 einen Pkw Typ Opel Zafira Tourer zu einem Kaufpreis von 23.300,00 EUR brutto. In dem Fahrzeug ist ein Motor Typ A 20, 1956 cm³, 121 kW, Schadstoffklasse Euro 5 verbaut. Das Fahrzeug verfügt über eine temperaturabhängige Abgasrückführung (Thermofenster) zur Abgasnachbehandlung. Die Laufleistung des Fahrzeugs betrug zum Zeitpunkt des Kaufs 8.400 km. Das Fahrzeug wurde am 8. Juli 2021 bei einem Kilometerstand von 88.300 zum Kaufpreis von 7.900,00 EUR verkauft. Das Fahrzeug unterliegt keinem amtlichen Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, gegen die Beklagte wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung einen Schadensersatzanspruch zu haben. Das Fahrzeug sei mit illegalen Abschaltvorrichtungen versehen. Im realen Fahrbetrieb würden die zulässigen Abgaswerte der Euro-5-Normen um den Faktor 3,5 überschritten. Es sei mit einem Emissionskontrollsystem

versehen, welches in Abhängigkeit von Umgebungsluftdruck und Motordrehzahl in seiner Wirkungsweise verringert werde. Aufgrund einer Softwarefunktion wechsele die Abgasreinigung nach 1.180 Sekunden nach Motorstart in einen schmutzigen Betriebsmodus. Das Thermofenster reguliere die Wirksamkeit der Abgasnachbehandlungssysteme so, dass das Abgasnachbehandlungssystem bei Temperaturen unter 17 °C bzw. über 30 °C nicht unwesentlich heruntergefahren und später komplett ausgeschaltet werde. Durch eine Manipulation des On-Board-Diagnose-Systems (OBD-System) werde der Einsatz der Abschaltvorrichtungen verschleiert.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass sich aus dem Umstand, wenn das Thermofenster die Abgasrückführung bereits unterhalb einer Umgebungstemperatur von 17 °C ausschalte, eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nicht gegeben sei. Eine solche abrupte Ausschaltung der Abgasrückführung finde im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht statt, sondern eine iterative Reduzierung der Abgasrückführungs-Rate unterhalb von 17 °C, die erst bei -10 °C deaktiviert werde.

Zu den weiteren Einzelheiten des Vorbringens des Klägers und der Beklagten in erster Instanz wird auf deren Schriftsätze sowie die eingereichten Anlagen verwiesen und auf diese Bezug genommen.

Das Landgericht Dresden hat die Klage abgewiesen. Auf die tatbestandlichen Feststellungen und Entscheidungsgründe wird Bezug genommen. Nach Zustellung dieses Urteils vom 17. Februar 2023 an den Kläger am 28. Februar 2023 hat dieser am 27. März 2023 Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung am 26. Mai 2023 begründet.

Der Kläger vertritt die Auffassung, das Landgericht habe die Klage rechtsfehlerhaft abgewiesen. Es sei umfassend zu den Abschaltvorrichtungen vorgetragen und auf einen verbindlichen Rückruf des Fahrzeugmodells hingewiesen worden. Die manipulative Einwirkung auf das Emissionskontrollsystem werde durch die vorgelegten Gutachten des Prof. Dr.-Ing. Georg Wachtmeister und des Prof. Dr. Michael Brenner belegt. Aus internen Dokumenten des Software-Herstellers Bosch ergebe sich eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung von Verbrauchern seitens der Beklagten. Der Kläger wiederholt und vertieft seine Ausführungen erster Instanz zur Funktionsweise der temperaturbasierten Abgasrückführung (Thermofenster). Dies bedeute, dass das Abgasnachbehandlungssystem in Anbetracht des Thermofensters seine volle Funktionsfähigkeit bei in Europa typischerweise zu erwartenden Temperaturen nicht erfülle.

Der Kläger beantragt das am 17. Februar 2023 verkündete Urteil des Landgerichts Dresden wie folgt abzuändern:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei EUR 11.797,95 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen,

hilfsweise für den Fall der Zurückweisung:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von EUR 3.495,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Die Verwendung von parametergesteuerten Emissionskontrollsystemen wie dem hier in Rede stehenden sei im hier allein maßgeblichen Entwicklungszeitraum branchenüblich gewesen. Der TÜV Hessen sei als verwaltungsrechtlich beliehener technischer Dienst im ständigen Austausch mit der Beklagten gewesen. Vor diesem Hintergrund sei er fortlaufend „vor Ort“ und dementsprechend eingehend über die in den Fahrzeugen der Beklagten verwendete Technik informiert gewesen. Weder der TÜV Hessen noch das Kraftfahrt-Bundesamt hätten irgendwelche Einwände erhoben. Die Beklagte ist der Auffassung, dass jedenfalls aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ein Anspruch zu verneinen sei. Die Typgenehmigungsbehörden hätten Kenntnis von der Funktionsweise des Emissionsverhaltens aller relevanten Opel-Motorbaureihen der Emissionsklassen Euro 5 und Euro 6 gehabt und diese nicht beanstandet. Vor diesem Hintergrund wäre auch eine Anfrage bei der Typgenehmigungsbehörde zum Zeitpunkt der Typgenehmigung bzw. Inverkehrbringung bejaht worden. Opel-Motoren der Baureihe A20 seien im Nachgang des Volkswagen-Dieselskandals im Rahmen der Untersuchungskommission Volkswagen eingehend untersucht worden. Aufgrund dessen seien die Funktionen im Kraftfahrt-Bundesamt bekannt gewesen. Entsprechende Fahrzeuge mit Motoren der Baureihe A20 seien bis heute nicht beanstandet.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die wechsel-

seitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

B.

Die Berufung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang entsprechend dem Hilfsantrag Erfolg, in Bezug auf den Hauptantrag erweist die Berufung sich indes als unbegründet.

I.

Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus §§ 826, 31 BGB aufgrund einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung sind zur Überzeugung des Gerichts nicht nachvollziehbar dargetan.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch die 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 Verhaltens ankommen, die die Bewertung eines 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 (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20, Rn. 13; Beschluss vom 19. Januar 2021 - ZR VI 433/19, Rn. 14, jeweils juris).

Nach diesen Maßstäben ergeben sich aus dem Vortrag des Klägers keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das Verhalten der Beklagten in diesem Sinne auf diesen konkreten Fall bezogen als sittenwidrig zu qualifizieren bzw. entsprechender Vorsatz anzunehmen ist.

Zu den Substantiierungsanforderungen gehört zunächst einmal - und daran scheitert ein substantiierter Vortrag des Klägers - die nachvollziehbare Darlegung der anspruchsrelevanten Umstände und Tatsachen im Sinne einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung. Dabei hat das Landgericht - entgegen der Auffassung des Klägers - auch die Substantiierungsanforderungen an das klägerische Vorbringen zur Darlegung einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung nicht überspannt.

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen; die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind, was insbesondere dann gilt, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat. Es ist einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält; dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick – hier: in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung – keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann. Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (vgl. insgesamt im Rahmen des Kaufrechts BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19, Rn. 7 f., m. w. N.; s. a. zum Deliktsrecht BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, Rn. 20 ff., Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, Rn. 21 ff., jeweils juris). Hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Abschaltvorrichtung sind – wie auch die zitierten Entscheidungen zeigen – keine unterschiedlichen Anforderungen an die substantiierte Darlegung eines Sachmangels und die eines deliktischen Anspruchs zu stellen (so auch bereits OLG Köln, Urteile vom 23. Oktober 2020 – 19 U 19/20, Rn. 47, und vom 5. November 2020 – 7 U 35/20, Rn. 57, jeweils juris).

Ein greifbarer Anhaltspunkt für eine unzulässige Abschaltvorrichtung, der sich nicht unmittelbar aus einem Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug (wie z.B. dessen Rückruf) ergeben soll, setzt aber jedenfalls voraus, dass sich die betreffende Tatsache auf ein vergleichbares Fahrzeug bezieht, namentlich ein solches, das über denselben Motortyp verfügt und in dieselbe Schadstoffklasse fällt. Derselbe Motortyp in diesem Sinne liegt dabei grundsätzlich jedenfalls dann vor, wenn die Motoren vom Hersteller mit derselben Motorbezeichnung versehen werden, aber auch, falls die Motoren sonst dieselbe technische Grundkonfiguration aufweisen. Dieselbe Schadstoffklasse ist für einen greifbaren Anhaltspunkt deshalb zusätzlich erforderlich, weil sich insbesondere die zu erreichenden Grenzwerte unterscheiden, deren Einhaltung durch eine etwaige unzulässige Abschaltvorrichtung gegebenenfalls manipuliert werden soll. Daraus, ob es bei dem betreffenden Hersteller bei anderen Fahrzeugen mit anderen Motortypen oder anderen Schadstoffklassen zu einer Verwendung von unzulässigen Abschalt-

einrichtungen kam, lässt sich kein Rückschluss auf das streitgegenständliche Fahrzeug mit seinem Motor ziehen; ein „Generalverdacht“ gegen einen Hersteller besteht grundsätzlich nicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 29. Oktober 2021 - 23 U 165/21, Rn. 49, 50 m.w.N., juris).

1. Nach diesen Grundsätzen ist zunächst festzustellen, dass es in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug einen amtlichen Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes nicht gibt. Unbeheftlich ist es daher, wenn der Kläger auf einen Rückruf bezüglich einer Motorisierung mit einer anderen Schadstoffklasse (Euro 6) verweist bzw. einen nicht vorhandenen Rückruf damit begründen möchte, dass das Kraftfahrt-Bundesamt „überlastet“ sei.

Unbeachtlich ist aus Sicht des Senats auch, auf die Rechtsprechung anderer Gerichte zu verweisen, in denen es erkennbar um Fahrzeuge bzw. Motoren einer anderen Schadstoffklasse (Euro 6) geht.

2. Die auch zu Beginn der Berufungsbegründung wieder angeführte Behauptung, die Abgasreinigung wechsele aufgrund einer Softwarefunktion 1.180 Sekunden nach Motorstart in einen schmutzigen Betriebsmodus, wird im Folgenden durch keinen greifbaren Anhaltspunkt erläutert oder untermauert, stellt mithin zur Überzeugung des Senats eine bloße Behauptung ins Blaue hinein dar.

3. Als greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung erweist sich auch nicht der Verweis auf ein Gutachten gemäß Anlage K 7 (Prof. Dr. Brenner) bzw. Anlage K 8 (Prof. Dr. Wachtmeister). Im Mittelpunkt beider Untersuchungen ist weder der gleiche Motortyp noch die entsprechende Schadstoffklasse betroffen. Es handelt sich ausweislich dieser Gutachten um 1,6 CDTi- Motoren der Schadstoffklasse Euro 6. Dieselbe technische Grundkonfiguration kann auch in beiden Fällen deshalb nicht in Rede stehen, weil bei diesen Motoren ein SCR-Katalysator (Selective Catalytic Reduction) zum Einsatz kommt, was im streitgegenständlichen Fahrzeug bzw. Motor nicht der Fall ist.

4. Die vom Kläger dargelegt mögliche Überschreitung der NOx-Grenzwerte des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Realbetrieb, also außerhalb des NEFZ (Neuer Europäischer Fahrzyklus), ist ebenfalls kein hinreichendes Indiz für das Vorliegen einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB.

Denn es liegt auf der Hand, dass die Überschreitung des Wertes im NEFZ zunächst darauf zurückzuführen sein kann, dass der Motor im realen Fahrbetrieb aufgrund der konkreten Verkehrsverhältnisse deutlich mehr Schadstoffe emittiert, als in einem zu Vergleichszwecken festgestellten, standardisierten Fahrzyklus auf dem Prüfstand. Da der europäische Gesetzge-

ber die Messung allein im Prüfstandbetrieb festgelegt hat und erst zwischenzeitlich für Neufahrzeuge die Messung im Normalbetrieb vorschreibt, kommt es entgegen den Andeutungen des Klägers nicht darauf an, dass das streitgegenständliche Fahrzeug gegebenenfalls im Normalbetrieb die der Zulassung zugrunde liegenden Werte im NEFZ nicht einhält. Dies wird vielmehr praktisch bei jedem Fahrzeug der Fall sein. Aus diesem Grund kommt den Messungen im Realbetrieb selbst dann keine entscheidende Bedeutung zu, wenn die Grenzwerte um ein Vielfaches überschritten werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 435/20, Rn. 15; OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Oktober 2020 - 4 U 171/18, Rn. 44, jew. juris).

Die Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten im NEFZ ist als Indiz für eine Abschaltvorrichtung, und dazu noch für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstrittigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgte, ungeeignet (vgl. BGH, Beschluss vom 15. September 2021 - VII ZR 2/21, Rn. 30; Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, Rn. 23, jew. juris).

5. Nach den vorangestellten Grundsätzen zum Tatbestand des § 826 BGB reicht der Umstand, dass die Abgasrückführung im Fahrzeug des Klägers durch eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems bei bestimmten positiven Temperaturen reduziert oder gar ganz abgeschaltet wird (sog. Thermofenster) für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, Rn. 16, juris).

Der darin liegende Gesetzesverstoß reicht nicht aus, um das Verhalten der Beklagten, und darauf kommt es an, insgesamt als sittenwidrig zu qualifizieren und einen entsprechenden Vorsatz nachzuweisen (vgl. BGH, a.a.O.; vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 18. Juli 2022 - 7 U 198/21, Rn. 32, juris). Ein derart vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten kann vielmehr nur dann angenommen werden, wenn über die bloße Kenntnis von dem Einbau an einer Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in dem streitgegenständlichen Motor hinaus zugleich auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass dies von Seiten der Beklagten in dem Bewusstsein geschah, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde, um eine tatsächlich nicht gerechtfertigte Typengenehmigung zu erlangen (vgl. OLG Schleswig, a.a.O., Rn. 33).

Es bedürfte somit hierzu der Darlegung weiterer Umstände (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20, Rn. 16, juris). Solche Umstände sind zur Überzeugung des Senats allerdings nicht dargetan.

Sofern man - richtigerweise - als ein Kriterium die Prüfstandsbezogenheit zur Annahme einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung heranzieht (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 - VII ZR 126/21, Rn. 18, juris m.w.N.), so lässt sich aus dem, was der Kläger ohne weitere Erläuterung als ausschließlichen Wirkungsbereich behauptet, nicht schlussfolgern, dass die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, Rn. 18, juris).

6. Die Behauptung des Klägers, das im Fahrzeug eingesetzte OBD-System sei so programmiert, dass es auf unzulässige Abschaltvorrichtungen zurückzuführende Funktionseinschränkungen ignoriere und nicht entsprechend als Fehler melde, erweist sich als wenig tragfähig zur Begründung eines Anspruchs aus § 826 BGB.

Zum einen handelt es sich um einen Zirkelschluss, da eine eigentlich darzulegende Behauptungen, dass eine Manipulation vorliegt, durch eine (weitere) Behauptung belegt zu werden versucht.

Unabhängig davon handelt es sich bei dem OBD-System nicht um eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil es die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems selbst weder aktiviert, verändert, verzögert noch deaktiviert (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Oktober 2020 - 17 U 296/19, Rn. 72; vgl. OLG Dresden, Urteil vom 1. Juli 2021 - 11a U 1085/20, Rn. 41, jew. juris).

Dementsprechend sind diese Behauptungen nicht geeignet, die Billigung eines möglichen Gesetzesverstößes zu belegen bzw. einen Schluss auf ein besonders verwerfliches Verhalten der Beklagten zu ziehen.

7. Eine Stütze der klägerischen Behauptungen im Sinne der Behauptung einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung sind auch vor dem Hintergrund der erörterten Unterlagen die Firma Bosch betreffend unbehelflich. Aus diesen Unterlagen, bzw. was der Kläger daraus berichtet, lässt sich der von ihm behauptete Erkenntnisgewinn in Bezug auf den hier streitgegenständlichen Motor bzw. streitgegenständliche Fahrzeug zur Überzeugung des Senats nicht gewinnen.

II.

Eine Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet bei der hier vor-

liegenden Konstellation eines Gebrauchtwagenkaufs an der Annahme einer für den Betrugstatbestand erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, Rn. 18, juris).

III.

Die Klage erweist sich aber in der ausgeurteilten Höhe aus dem Hilfsantrag als berechtigt.

Der aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG - FGV folgende Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens ergänzt den Schadensersatz nach §§ 826, 31 BGB. Unter den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB kann der Käufer zwischen dem „großen“ und dem „kleinen“ Schadensersatz wählen. Nur wenn die Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB nicht vorliegen, also insbesondere in den Fällen bloßer Fahrlässigkeit, greift § 823 Abs. 2 BGB ein und stellt im Rahmen der Grenzen des nationalen Rechts sicher, dass der Verstoß gegen die §§ 6, Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sowie Artikel 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht folgenlos bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VI a ZR 335/21, Rn. 44, juris).

1. Nach dem insoweit unstreitigen Vortrag beider Parteien und den dazu entwickelten Grundsätze durch den Bundesgerichtshof ist im vorliegenden Fall vom Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 auszugehen.

Dementsprechend ist der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung in der konkreten Ausformung des Thermofensters im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nachgekommen.

Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 liegt eine Abschaltvorrichtung schon dann vor, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwertes im NEFZ, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VI a ZR 335/21, Rn. 51, juris).

Wenn die Beklagte auf den Vortrag des Klägers zur eingeschränkten Funktionsweise des

Thermofensters erwidert (bereits in erster Instanz gemäß Schriftsatz vom 1. Juni 2022), dass keine abrupte Ausschaltung der Abgasrückführung unterhalb einer Umgebungstemperatur von 17 °C erfolge, sondern eine „iterative Reduzierung der AGR-Rate unterhalb von 17 °C, die erst bei -10 °C deaktiviert wird ...“, so ist damit die eingeschränkte Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 50, 51, juris) offenkundig.

2. Die Beklagte kann im Lichte der ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21) weder nachvollziehbar die Zulässigkeit dieser Abschaltvorrichtung darlegen noch das vermutete Verschulden durch den Nachweis eines unvermeidbaren Verbotsirrtums widerlegen.

Weil auch das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehene Fahrzeug entsteht, muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 61, juris).

Die Beklagte kann nicht zu ihrer Entlastung nachweisen und darlegen, dass ihre Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung zuständigen Behörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung). Denn nur wenn feststeht, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädigung eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat. Dies setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltvorrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschaltvorrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 65, 66, juris).

Dies aber gelingt der Beklagten, bezogen auf den konkret verwendeten Motortyp A 20 der Leistungsklasse 121 kW, Schadstoffklasse Euro 5 zur Überzeugung des Senats mit ihren Darlegungen nicht. Denn die Schlussfolgerung der Annahme einer hypothetischen Genehmigung kann sich nur daraus rechtfertigen, dass sich die Verantwortlichen der Genehmigungsbehörde in vollständiger Kenntnis über die tatsächlichen technischen Vorgänge der konkret betroffenen Funktionsweise des Thermofensters befunden haben müssen. Diese Kenntniserlangung kann

auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen, aus der Reaktion und dem Verhalten der Genehmigungsbehörde diesbezüglich aber lässt sich erst ableiten, wie sie auch zu einem früheren Zeitpunkt darauf reagiert hätte.

Eine derartig vollständige Tatsachenkenntnis auf Seiten der Genehmigungsbehörde ergibt sich aus dem Vorbringen der Beklagten zur Überzeugung des Senats indes nicht. Aus den von der Beklagten angeführten Unterlagen (Anlage AOG 5 und Anlage AOG 6) ergibt sich weder ein konkreter Bezug zu der angeführten Grundkonfiguration des betreffenden Motors, bzw. seiner Leistungs- und Schadstoffklasse, noch ein Bezug zur iterativen Reduzierung der Abgasrückführungs-Rate unterhalb von 17 °C. Gerade aber darin sieht der Senat die Bestätigung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil damit die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet in Frage gestellt ist.

Die pauschalen Ausführungen zur angeblichen Kenntnis von der Funktionsweise und dem Emissionsverhalten aller relevanten Opel-Motorbaureihen der Emissionsklassen Euro 5 und Euro 6 der Typgenehmigungsbehörden oder des TÜV Hessen oder der Hinweis auf eine Verwaltungspraxis des Kraftfahrt-Bundesamtes vermögen zur Überzeugung des Gerichts der Darlegung, dass die Typgenehmigungsbehörden die Abschaltvorrichtung der verwendeten Art genehmigt hätte, nicht zu begründen.

Etwas anderes ergibt sich zur Überzeugung des Senats auch nicht aus dem Vorbringen der Beklagten nach Schluss der mündlichen Verhandlung gemäß Schriftsatz vom 16. August 2023.

Die Ausführungen der Beklagten, der Zeitpunkt und Sachverhalt, auf den sich der Fahrlässigkeitsvorwurf und damit auch ein etwaiger unvermeidbarer Verbotsirrtum nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beziehen müsse, sei unstrittig derjenige des Ausstellens der Übereinstimmungsbescheinigung bzw. des Inverkehrbringens des Fahrzeugs, im vorliegenden Fall also Mai 2012, ist bereits rechtlich unzutreffend.

Wie bereits ausgeführt, weil auch das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehene Fahrzeug entsteht, muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 61, juris). Dieser Zeitpunkt war der 22. August 2013.

Der Senat fordert auch keine Anwendung des heutigen Wissens auf den damaligen Zeitpunkt, sondern eine nachvollziehbare tatsächliche Erkenntnis bei den Genehmigungsbehörden zum

damaligen Zeitpunkt oder später, die es rechtfertigt, eine hypothetische Genehmigung für den Zeitpunkt des Kaufs zu unterstellen.

Darin liegt auch der wesentliche Unterschied zu den von der Beklagten angeführten Entscheidungen. Zum einen geht es um den Motor eines anderen Herstellers (Motor Typ EA288, vgl. OLG München, Beschluss vom 25. Juli 2023 - 34 U 1617/23). Im Zuge des sog. VW-Abgas-skandals kam es bezüglich dieses Motors einerseits zu intensiven und umfassenden Untersuchungen und andererseits zu einer sehr umfangreichen Korrespondenz der Beklagten mit dem Kraftfahrt-Bundesamt, aus deren Inhalt und Reaktion des Kraftfahrt-Bundesamtes darauf auf eine hypothetische Genehmigung (möglicherweise) geschlossen werden kann.

Das gleiche gilt zum anderen für die weitere, angeführte Entscheidung (vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12. Juli - 7 U 127/22). Es geht um ein Modell der Marke Audi. Auch dort gab es im Rahmen eines amtlichen Rückrufs zu einer bestimmten als unzulässig erachteten Strategie umfangreiche Korrespondenz der Beklagten mit dem Kraftfahrt-Bundesamt, aus deren Inhalt und Reaktion des Kraftfahrt-Bundesamtes darauf auf eine hypothetische Genehmigung (möglicherweise) geschlossen werden kann. Im Zuge dessen handelt es sich um bereits im Ansatz nicht vergleichbare Fälle.

Der Senat sieht sich entsprechend § 156 ZPO daher weder zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung veranlasst, noch sind die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO gegeben.

3. Die Beklagte kann dem Kläger auch die Einrede der Verjährung diesem Anspruch gegenüber nicht mit Erfolg anführen.

Der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt. Die regelmäßige Verjährungsfrist für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch beträgt drei Jahre, § 195 BGB.

Wie der Bundesgerichtshof bereits wiederholt entschieden hat, genügt es in Fällen der vorliegenden Art für den Beginn der Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB, dass der geschädigte Fahrzeugkäufer Kenntnis vom „Diesel-“ bzw. „Abgasskandal“ im Allgemeinen und von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2022 - VII ZR 365/21, Rn. 17, juris). Ausgangspunkt ist dabei zunächst, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für den Verjährungsbeginn trägt.

Dem Vorbringen der Beklagten, dass der Kläger schon im Jahre 2016 allgemeine Kenntnis vom sog. Diesel- oder Abgasskandal in gedanklicher Verbindung mit dem Firmennamen der Beklagten gehabt haben müsse, vermag der Senat im Ergebnis schon nur bedingt zu folgen.

Es fehlt indes aber gänzlich an Anknüpfungstatsachen für die Feststellung, dass der Kläger schon 2016 Kenntnis von der Betroffenheit seines Fahrzeugs gehabt haben könnte. Die allgemeinen Ausführungen der Beklagten dazu vermögen eine solche Annahme ebenso wenig zu

rechtfertigen wie ein in der Berufungserwiderung vom 24. Juli 2023 erwähnter Bericht, der allerdings nicht weiter benannt wird. Soweit die Beklagte damit den Untersuchungsbericht Volkswagen meinen möchte, so rechtfertigt dieser allein nicht die Kenntnisnahme von der Betroffenheit des Fahrzeugs durch den Kläger.

4. Nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO hat der Tatrichter die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 % hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Wertes des Fahrzeuges zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgeblich ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezogene Betrachtung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VI a ZR 335/21, Rn. 76, juris). Ausgehend davon sieht das Gericht im Rahmen seiner Schätzung für die Höhe des Differenzschadens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Größenordnung von 5 % als erforderlich, aber auch ausreichend an, um dem Grundsatz der Effektivität auf der einen und der Verhältnismäßigkeit auf der anderen Seite im Rahmen der erforderlichen Sanktionierung Rechnung zu tragen.

Die für die Annahme des „kleinen“ Schadensersatzes aufgestellten Grundsätze, also unabhängig vom Anwendungsbereich des § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB, haben sich nicht geändert. Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, nicht aus. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum "kleinen" Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 23 f.; Urteil vom 24. Januar 2022 - VI a ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 17).

Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind aber erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VI a ZR 335/21, Rn. 80, juris).

Dabei ist von einer bei Kauf zu erwartenden Gesamtlauflistung von 250.000 km auszugehen. Bei der Ausübung des Schätzungsermessens in Bezug auf die erwartete Restlauflistung ist

zu berücksichtigen, dass die tatsächliche Lebensdauer eines Fahrzeugmotors angesichts der mit zunehmender Nutzungsdauer steigender Reparaturanfälligkeit zahlreicher Bauteile erfahrungsgemäß oftmals nicht ausgeschöpft wird und nicht der Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs entspricht. Dass im Einzelfall entsprechende Fahrzeuge auch über eine Gesamtleistung von 250.000 km hinaus genutzt werden und mit Laufleistungen von sogar deutlich über 250.000 km auf dem Gebrauchtwagenmarkt veräußert werden, steht dem nicht entgegen. Denn es kommt insoweit auf die unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende (durchschnittliche) Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs an und nicht darauf, welche Gesamtleistung das Fahrzeug unter günstigen Bedingungen im äußersten Fall erreichen kann oder in bestimmten Einzelfällen erreicht hat (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 19. Oktober 2022 - 4 U 203/21, Rn. 25 und 26, juris).

Die vom Kläger kritisierte Annahme, die zu erwartende Gesamtleistung mit 250.000 km zu bemessen, ist auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mehrfach nicht beanstandet worden (vgl. BGH, Urteile vom 30. Juli 2020 - VI ZR 354/19, Rn. 15; vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, Rn. 56 ff.; vom 27. Juli 2021 - VI ZR 480/19, Rn. 25 ff.; vom 27. April 2021 - VI ZR 812/20, Rn. 15 ff., jew. juris).

Der für die Nutzung des Fahrzeugs anzusetzende Nutzungsvorteil plus Verkaufspreis beträgt 15.220,31 EUR (Kaufpreis - 5 % x gefahrene Strecke seit Erwerb : erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt + 7.900,00 EUR). Restwert und Nutzungsvorteil erreichen somit in ihrer Summe den (Minder-)Wert des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt (Kaufpreis - 5 %) nicht.

Der somit als Differenzschaden zugesprochene Ersatz von 5 % des ursprünglichen Bruttoverkaufspreises ist antragsgemäß zum Folgetag der Rechtshängigkeit zu verzinsen gemäß §§ 291, 288 BGB.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 und 713 ZPO.

Veranlassung, die Revision zuzulassen, besteht erkennbar nicht.

